Die Konzentration der alternativen Obligation.

Historisch und dogmatisch dargestellt.

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt

am 8. September 1905

von

Erich Hempel

Referendar aus Toeppendorf.

Berlin 1906.

Druck von Wilhelm Pilz, Landsberger Straße 108.

Referent:

Prof. Dr. v. Burckhard.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1.

A. Einleitung.

I. Der Begriff der alternativen Obligation und ihre Konzentration im allgemeinen.

Die Alternativobligation, neuerdings vielfach auch „Wahlschuld" genannt, ist nach geltendem Recht gemäß § 262 in Verbindung mit § 265 B.G.B. zu definieren als

> „ein Schuldverhältnis, vermöge dessen mehrere Leistungen in der Weise geschuldet werden, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist".

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat mit dieser Begriffsbestimmung mehrere gemeinrechtliche Kontroversen zu Gunsten der herrschenden Meinung entschieden.

Im gemeinen Recht standen sich zunächst zwei Grundanschauungen gegenüber. Die eine verteidigte, gestützt auf

> Dig. 45, 1, 128 a. E. (Paulus): . . . utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem,

den zuerst von den Glossatoren aufgestellten Satz: „duae res sunt in obligatione, sed una est in solutione". Diese Meinung, von Ryk[1]) als Perfektionstheorie bezeichnet, war die herrschende,[2]) und sie ist auch in § 262 B.G.B. anerkannt. Nach der anderen Ansicht ist zunächst überhaupt keine res in der Obligation; erst irgend

---

[1]) Ryk II S. 129ff.

[2]) Vertreten von Cuiacius, Tom. V S. 851; vgl. Tom. VIII S. 377; Donellus, Tom. XI S. 1432 a. E.; Puchta S. 346; Dernburg, Pandekten II S. 77 Anm. 4; Sintenis II S. 30 Anm. 49; Wächter S. 281; Regelsberger, Alternativobligationen und alternative Ermächtigung des Gläubigers, in Jahrb. für Dogmatik Bd. 16 (N. F. Bd. 4) S. 166 u. a.

ein Umstand entscheidet darüber, welche res in obligationem und damit zugleich in solutionem kommt.[1])

Die erste Anschauung legt also den Schwerpunkt auf die Frage, welche Leistung in der Obligation bleibt, die zweite auf die Frage, welche Leistung in die Obligation kommt. Erstere Theorie hat Bernstein[2]) „resolutive“, letztere „suspensive Pendenztheorie“ genannt. Zwischen diesen beiden Grundanschauungen hat man wiederum zu vermitteln gesucht.[3])

Eine andere, mit der soeben angeführten Kontroverse zusammenhängende Streitfrage ist die, ob die alternative Obligation eine einheitliche Obligation mit nur „alternativ“ bestimmtem Inhalte sei, oder ob sie eine Mehrheit von „alternativ“ nebeneinander stehenden Obligationen darstelle.[4]) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat, indem es in § 265 ausdrücklich von dem Schuldverhältnisse spricht, auch diese Kontroverse mit der herrschenden Meinung im Sinne der Einheit der Obligation entschieden.

Es hat hier anscheinend ein eigentümlicher Zufall gewaltet. Der Entwurf erster Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuches hatte nämlich in § 207 durch die Worte: „Ist ein Schuldverhältnis auf mehrere Leistungen in der Weise gerichtet, daß nur die eine oder die andere erfolgen soll,“ die Einheit der Obligation ausdrücklich ausgesprochen. Auf Anregung Seufferts,[5]) der der Konstruktion jener Mehrheitstheorie auch für das Bürgerliche Gesetzbuch Raum gegeben wissen wollte, hatte zwar die Kommission für die zweite Lesung in § 219 ihres Teilentwurfes und in § 256 ihres Schlußentwurfes (der Bundesratsvorlage) an Stelle obiger Fassung folgende gewählt: „Werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist“; nun enthielt aber auch § 211 des Entwurfs erster Lesung den Ausdruck

---

[1]) Diese Ansicht vertritt besonders Fitting S. 140. Eine Kritik der Fittingschen Ansicht s. bei Pescatore, Alternative Obligation S. 23ff.; vgl. auch Unger VI S. 319 Anm. 1.

[2]) Bernstein, Alternativer Wille S. 4ff.

[3]) Vgl. z. B. Windscheid II S. 23 mit Anm. 5 daselbst; Brinz II, 1 S. 103.

[4]) Vgl. Pescatore, Alternative Obligation S. 70 und dazu seine neueste Abhandlung: Wahlschuldverhältnisse S. 63ff.

[5]) Seuffert S. 7.

„das Schuldverhältnis“ als Bezeichnung für die Alternativobligation, und hier hat ihn die Kommission für die zweite Lesung stehen gelassen, so daß er durch diese Hintertür auch in den entsprechenden § 265 B.G.B. hineingekommen ist. Im Hinblick auf § 265 B.G.B. kann daher die Mehrheitstheorie für das Bürgerliche Gesetzbuch nicht mehr aufrecht erhalten werden.

Die Alternativobligation des geltenden Rechts stellt also ein einheitliches, von vornherein perfektes Schuldverhältnis dar. Ungewiß ist nicht, ob etwas geschuldet wird, denn sämtliche Leistungen befinden sich von Anfang an in obligatione. Unbestimmt ist auch nicht, ob etwas zu leisten ist. Ein Schwebezustand besteht nur in Bezug darauf, welche Leistung schließlich bewirkt werden soll. Dieser Ungewißheit, die im Interesse von Gläubiger wie Schuldner beseitigt werden muß, wird ein Ziel gesetzt, durch die Konzentration, d. h. durch die Beschränkung des Schuldverhältnisses auf eine Leistung, indem diese als die allein zu bewirkende endgültig festgestellt wird.

Wodurch wird diese Konzentration herbeigeführt?

Ihre Ursachen liegen auf verschiedenen Gebieten.

Der menschliche Wille, der jenes Schuldverhältnis geschaffen, ist auch an erster Stelle berufen, verändernd, „konzentrierend“, in dasselbe einzugreifen. Er findet seinen Ausdruck in der Wahl. Wahl, oder präziser ausgedrückt, Wählen ist bei der alternativen Obligation die Willenserklärung, durch welche aus mehreren (geschuldeten) Leistungen eine als die zu bewirkende ausgesondert wird. Dieser rechtliche Erfolg wird herbeigeführt durch die Ausübung einer vom Gesetz verliehenen Befugnis, des sogen. Wahlrechts, also durch die einseitige Erklärung der wahlberechtigten Partei.

Die Konzentration durch die Wahl bildet den Hauptfall, wenn auch freilich an ihre Stelle eine besondere Willenseinigung über die zu bewirkende Leistung gesetzt werden kann.[1]

Neben die Konzentration durch die Wahl tritt die Konzentration durch die Unmöglichkeit sämtlicher Leistungen bis auf

[1] Dieser Konzentration durch Vertrag ist im römischen Recht wegen der verschiedenen Vertragsformen ein besonderer Abschnitt gewidmet (S. 11f).

eine, so daß für eine Wahl kein Raum mehr bleibt. Indessen nicht jede Unmöglichkeit konzentriert das Schuldverhältnis. Zufall, sowie Verschulden der einen oder anderen Partei greifen hier bestimmend ein.

Wahl und Unmöglichkeit werden den eigentlichen Gegenstand der Abhandlung bilden. Ihr größerer Teil ist der Wahl eingeräumt, die von jeher zu vielem Streit in der Literatur den Anlaß gegeben hat.

Der Abhandlung selbst seien hier an einleitender Stelle noch einige Bemerkungen über Entstehungsgründe, Inhalt und Zweck der alternativen Obligation, sowie über die sogen. facultas alternativa vorangeschickt, weil eine kurze Orientierung über diese in der Abhandlung mehrfach erwähnten Dinge wohl wünschenswert erscheint.

II. Entstehungsgründe, Inhalt und Zweck der alternativen Obligation. Die facultas alternativa.

Entstehungsgründe der alternativen Obligation sind entweder das Gesetz[1]) (vergl. z. B. Dig. 11, 7, 7 pr., Dig. 13, 6, 17, 5, § 179 Abs. 1 B.G.B.) oder die Privatwillenserklärung, d. h. der Vertrag der Parteien bzw. die letztwillige Verfügung (sogen. alternatives oder Wahlvermächtnis, § 2154 Abs. 1 B.G.B.: „Der Erblasser kann ein Vermächtnis in der Art anordnen, daß der Bedachte von mehreren Gegenständen nur den einen oder den anderen erhalten soll").

Was den Inhalt der alternativen Obligation anlangt, so ist die Zahl der geschuldeten Leistungen nicht auf zwei beschränkt, eine Annahme, zu der der gemeinrechtliche, übrigens nicht quellenmäßige Ausdruck „obligatio alternativa" verleiten könnte, da in alter der Hinweis auf eine Zweiheit der Leistungen liegt. In den meisten Fällen wird es sich allerdings nur um zwei Leistungen handeln. Es sei gestattet, der Einfachheit halber von diesem Regelfall der Praxis in der Abhandlung auszugehen, da das

---

[1]) Doch ist im römischen Recht die Möglichkeit gesetzlicher Entstehung nicht unbestritten, vgl. Savigny I S. 395 f. und Nanne S. 12 ff.

Vorhandensein von mehr als zwei Leistungen ohne prinzipiellen Einfluß ist.

Die mehreren Leistungen brauchen nicht mehrere Objekte darzustellen. Die Alternative kann auch hinsichtlich der Modalität der Leistung eines und desselben Objekts bestehen, insbesondere hinsichtlich der Art („eine Waggonladung Stück- oder Nußkohle"), des Ortes („100 Mille Zigarren Marke Excelsior lieferbar Bremen oder Hamburg") oder der Zeit („200 Zentner Mahlroggen am 1. Oktober oder 1. November anzuliefern").

Zweck der alternativen Obligation ist vor allem die absichtlich herbeigeführte Ungewißheit. Die wahlberechtigte Partei behält sich die Auswahl unter mehreren Leistungen vor, weil sie sich zunächst noch nicht für die eine oder die andere entscheiden kann oder will und die Wahl daher erst zu gelegener Zeit und nach Lage der Umstände treffen möchte. Den Versicherungszweck (Ersatzzweck) dagegen, insofern nämlich bei Untergang oder Verschlechterung einer Sache die andere sofort an ihre Stelle tritt, als einzigen Zweck der alternativen Obligation zu bezeichnen, wie Bernstein[1]) dies tut, dürfte eine etwas zu einseitige Ansicht sein, wenn auch dieser Zweck häufig mit in die Wagschale fallen mag.

Wohl zu scheiden von der obligatio alternativa ist die sogen. facultas alternativa, d. h. die alternative Ermächtigung, eine „Schuld mit Ersetzungsbefugnis".[2]) Bei der facultas alternativa wird nur eine einzige Leistung geschuldet, auf die allein daher nur geklagt werden kann und deren zufälliger Untergang das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringt; daneben ist aber der Schuldner durch Gesetz oder Vertrag ermächtigt, sich durch Bewirkung einer anderen Leistung — und zwar nur durch diese, bloße Wahlerklärung ist unwirksam — von seiner Verbindlichkeit zu befreien (vergl. z. B. Dig. 9, 1, 1, 16. §§ 251 Abs. 2, 528 Abs. 1, 1712 Abs. 2, 1973 Abs. 2, 1992, 2329 Abs. 2 B.G.B.). Dieser alternativen Ermächtigung des Schuldners entspricht eine facultas alternativa des Gläubigers. „Bei dem Rechtsverhältnis

---

[1]) Bernstein, Alternativer Wille S. 8ff. Gegen Bernstein auch Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 9ff.

[2]) So genannt von Leonhard S. 2.

mit alternativer Ermächtigung des Gläubigers", sagt Regelsberger[1]), „treten zwei Obligationen heraus, jede mit einem bestimmten Leistungsgegenstand. Von beiden Obligationen kann jedoch nur eine vorhanden sein. Die zunächst entstehende, primäre Obligation erlischt, sobald sich der Gläubiger für die zweite, eventuelle entschieden hat. Beide Obligationen gehen daher aus dem begründenden Rechtsverhältnis als bedingte hervor, die primäre unter einer aufhebenden, die eventuelle unter einer aufschiebenden Bedingung. Der bedingende Umstand ist für beide derselbe, sein Eintritt von der Willkür des Gläubigers abhängig." Fälle einer alternativen Ermächtigung des Gläubigers enthalten z. B. die §§ 249 Satz 2, 340 u. a. B.G.B. —

Was die Bearbeitung der gewählten Aufgabe selbst betrifft, zu der nach diesen einleitenden Bemerkungen übergegangen werden soll, so ist dem dogmatischen Teile ein historischer vorangeschickt. Letzterer behandelt zunächst im Rahmen der Aufgabe die Grundsätze des römischen Rechts, hebt sodann die teils ergänzenden, teils abweichenden Bestimmungen des gemeinen Rechts gegenüber dem römischen hervor und gibt weiterhin eine kurze Übersicht über die wichtigsten neueren Privatrechtskodifikationen. Das Bindeglied zwischen historischem und dogmatischem Teile bildet eine Skizzierung der Stellungnahme der Entwürfe zum Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche.

---

[1]) Regelsberger, Alternativobligationen und alternative Ermächtigung des Gläubigers, in Jahrb. für Dogmatik Bd. 16 (N. F. Bd. 4) S. 167 f.

B. Historischer Teil.

I. Römisches Recht.

Im corpus iuris civilis finden sich zahlreiche Stellen, welche den Tatbestand einer obligatio alternativa enthalten, ohne daß jedoch dieser erst in der neueren Wissenschaft auftretende Ausdruck selbst gebraucht wird. Den Römern scheint es also an einer technischen Bezeichnung für diese Art der Obligation gefehlt zu haben.[1])

Unter welchen Voraussetzungen konzentriert sich nun nach römischem Recht das alternative Schuldverhältnis auf eine Leistung?

Die Konzentration konnte erfolgen einerseits durch Willenserklärung, sei es Willenseinigung (Vertrag) zwischen Gläubiger und Schuldner oder einseitige Erklärung (Wahl) der dazu berechtigten Partei, andererseits durch Einwirkung äußerer Einflüsse.

§ 2.

a) Konzentration durch Vertrag der Parteien.

Eine Willenseinigung zwischen Gläubiger und Schuldner über die zu bewirkende Leistung kann auf dreifache Weise herbeigeführt werden.[2])

1. Durch ein Erfüllungsversprechen (constitutum debiti) in Bezug auf eines der zwei Leistungsobjekte wird die Obligation auf dieses konzentriert:

---

[1]) Ueber den nur in Dig. 13, 4, 2, 3 sich findenden Ausdruck „rerum alternatio" und die sonstigen, für die Alternativobligation vorgeschlagenen Bezeichnungen s. Ausführliches bei Pescatore, Alternative Obligation S. 1 Anm. 1. — Vgl. dazu Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 33 ff.

[2]) Vgl. Bernstein, Der alternative Wille und die alternative Obligation S. 42 f.

Dig. 13, 5, 25 pr. (Papinianus). Illud aut illud debuit et constituit alterum: an vel alterum quod non constituit solvere possit, quaesitum est. dixi non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere.

2. Ein pactum de non petendo des Inhalts, von zwei Gegenständen, z. B. „Stichus aut decem“, die decem nicht fordern zu wollen, verpflichtet den Schuldner, den Stichus zu leisten:

Dig. 2, 14, 27, 6 (Paulus). Sed si stipulatus decem aut Stichum de decem pactus sim et petam Stichum aut decem: exceptionem pacti conventi in totum obstaturam: nam ut solutione et petitione et acceptilatione unius rei tota obligatio solveretur, ita pacto quoque convento de una re non petenda interposito totam obligationem summoveri. sed si id actum inter nos sit, ne decem mihi, sed Stichus praestetur: possum efficaciter de Sticho agere, nulla exceptione opponenda. idem est et si de Sticho non petendo convenerit.

3. Endlich kann auch durch den contrarius consensus eine Konzentration der alternativen Obligation bewirkt werden:

Dig. 18, 5, 4 (Paulus). Si emptio contracta sit togae puta aut lancis, et pactus sit venditor, ne alterutrius emptio maneat, puto resolvi obligationem huius rei nomine dumtaxat.

b) Konzentration durch die Wahl.

Die Wahl, die normale Ursache der Konzentration, ist für das römische Recht lebhaft umstritten.

Bei der Konzentration der alternativen Obligation durch die Wahl handelt es sich um die Beantwortung der beiden Hauptfragen: Wer ist wahlberechtigt? und wodurch wird das Wahlrecht ausgeübt?

§ 3.

1. Die Person des Wahlberechtigten.

Als wahlberechtigte Personen kommen in Betracht: der Schuldner, der Gläubiger oder ein Dritter.

a) Das Wahlrecht des Schuldners und des Gläubigers.

Zunächst kann das Gesetz selbst die Wahlbefugnis der einen oder der anderen Partei verleihen; eine solche gesetzliche Bestimmung findet sich regelmäßig bei den durch Rechtsregel entstandenen Alternativobligationen, so z. B. in dem von Dig. 11, 7, 7 pr. behandelten Falle (vergl. Savigny I S. 396 und hierzu Nanne S. 13 f.):

> (Gaius). Is qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id quod intulit aut loci pretium praestare cogitur per in factum actionem . . .

Bei den durch Vertrag und letztwillige Verfügung entstandenen alternativen Obligationen wird häufig bzw. regelmäßig, um von vornherein einen Streit über das Wahlrecht zu verhüten, ausdrücklich von den Parteien vereinbart oder vom Erblasser festgesetzt sein, wer wählen soll.

Ist aber eine solche ausdrückliche Bestimmung zu gunsten des Gläubigers oder des Schuldners nicht getroffen, so kann nach römischem Recht (vom Vindikations-Wahlvermächtnis zunächst abgesehen) der Schuldner wählen — denn wenn jemand ohne nähere Bestimmung verpflichtet ist, das eine oder das andere zu leisten, so geht eben seine Verpflichtung nicht dahin, daß er gegen seinen Willen gerade das eine zu leisten hat.

Der Satz, daß in dubio, d. h. mangels irgend einer ausdrücklichen Festsetzung über das Wahlrecht, der Schuldner die Wahl vornimmt, ist bei den durch Vertrag entstandenen Alternativobligationen im römischen Recht durchaus anerkannt; er gilt zunächst für Stipulationen:

> Inst. 4, 6, 33 d. . . . . si quis ita a te stipulatus sit „hominem Stichum aut decem aureos dare spondes?“ . . . . in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam an hominem solvere malit;

er findet aber auch bei den negotia bonae fidei, insbesondere beim Kaufe, Anwendung:

> Dig. 18, 1, 34, 6 (Paulus). Si emptio ita facta fuerit: „est mihi emptus Stichus aut Pamphilus“, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus.

Dig. 18, 1, 25 pr. (Ulpianus). Si ita distrahatur „illa aut illa res“, utram eliget venditor, haec erit empta.

Aus der Regel, daß beim Fehlen einer besonderen Bestimmung über das Wahlrecht der Schuldner wählt, folgt, daß der Gläubiger überhaupt nur dann das Wahlrecht haben kann, wenn es ihm ausdrücklich eingeräumt ist:

Dig. 45, 1, 112 pr. (Pomponius). Si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, utrum ipse vellet: quem elegerit, petet . . .

Dig. 45, 1, 75, 8 (Ulpianus). Sed utcumque is, qui sibi electionem constituit adiectis his verbis „utrum ego velim“, potest videri certum stipulatus . . .

Jene allgemeine Regel über das dem Schuldner zustehende Wahlrecht erleidet jedoch eine Ausnahme beim alternativen Vindikationslegat. Bei diesem wählt nämlich mangels einer ausdrücklichen Bestimmung des Testators der Legatar, also der Gläubiger:

Inst. 2, 20, 22. Si generaliter servus vel alia res legetur, electio legarii est, nisi aliud testator dixerit. (Es handelt sich an dieser Stelle nicht um ein generisches, sondern um ein alternatives Legat, da dasselbe nicht auf einen beliebigen, sondern auf einen der in der Erbschaft vorhandenen Sklaven gerichtet ist, deren Zahl fest bestimmt ist, vergl. Savigny I S. 394 Anm. t in Verbindung mit S. 393 Anm. q).

Dagegen hatte bei dem alternativen Damnationslegat in dubio wiederum der Erbe, also der Schuldner, die Wahl:

Dig. 31, 19 a. E. (Celsus). . . . si damnatus heres alterutrum dare Stichum dederit, cum ignoret sibi permissum vel Pamphilum dare, nihil repetere possit.

Auf den Fall, daß der Erblasser „aliud“ (vergl. die oben zitierte Stelle Inst. 2, 20, 22) bestimmt, d. h. dem Erben (Schuldner) das Wahlrecht ausdrücklich eingeräumt hat, bezieht die herrschende

Meinung mit Savigny[1]) die noch von alternativen Damnationslegaten handelnden Stellen (vergl. die vorhin zitierte Stelle Dig. 31, 19) des Corpus iuris civilis, bei denen von jeher der Erbe, also der Schuldner, in dubio die Wahl vornahm. Zur Erklärung der verschiedenen Behandlung des Damnations- und Vindikationslegats bezüglich der Verteilung des Wahlrechts bemerkt Savigny:[2]) Bei dem Vindikationslegat „hatte der Erblasser dem Legatar eine freie Tätigkeit (die Vindikation) gestattet, und jede hierin mit Absicht und Bewußtsein aufgenommene Unbestimmtheit mußte daher von selbst die Freiheit des Legatars erweitern, also zu dessen Vorteil gereichen. Umgekehrt war bei dem Legat per damnationem dem Erben eine Tätigkeit geboten, deren Unbestimmtheit also ihm den Spielraum der Wahl überließ."

Ergänzend sei bemerkt, daß das Wahlrecht des Schuldners wie des Gläubigers vererblich und übertragbar ist,[3]) sowie auch durch Stellvertreter ausgeübt werden kann.[4]) Allerdings sind die Meinungen über die Vererblichkeit des gläubigerischen Wahlrechts geteilt, insbesondere hat Dig. 45, 1, 76 verschiedene Auslegung gefunden.[5]) Eine Erörterung dieser ferner liegenden Dinge entfällt jedoch dem Rahmen der Aufgabe.

β) Das Wahlrecht des Dritten.

Soll ein Dritter wahlberechtigt sein, so müssen die Parteien oder der Erblasser ihm diese Befugnis ausdrücklich eingeräumt haben. Die Tatsache aber, daß ein Dritter das Wahlrecht hat, macht die alternative Vertragsobligation nach römischem Recht zu einer bedingten:[6]) die Bedingung ist die Wahl des Dritten,

---

[1]) Savigny I S. 394. Anderer Meinung Leo S. 18 und die dort zitierten Schriftsteller, besonders Pescatore, Alternative Obligation S. 94 f. Vgl. dazu Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 48.

[2]) Savigny I S. 393.

[3]) Diese Ansicht vertreten insbesondere: Savigny I S. 396 f., Vangerow III S. 19, Bernstein, Der alternative Wille und die alternative Obligation S. 47 f. — Ausführliches hierüber bei Leo S. 26 ff.

[4]) Vgl. Dig. 3, 3, 66.

[5]) Vgl. hierüber Vangerow III S. 19, Leo S. 27 ff.

[6]) Pescatore, Alternative Obligation S. 71 ff.

und sein Versagen bewirkt den Zusammenbruch der Obligation. Für die Stipulation ist diese Folge ausdrücklich ausgesprochen in

> Dig. 45, 1, 141, 1 (Gaius). Extranei quoque persona si comprehensa fuerit, veluti hoc modo: „utram earum (rerum) Titius elegerit", non aliter stipulator alterutrius petendae facultatem habet, quam si Titius elegerit.

Die Quellen besagen darüber nichts, ob die in der soeben angeführten Digestenstelle gegebene Entscheidung von der Stipulation auch auf bonae fidei negotia erstreckt werden kann, doch dürfte sich wohl die herrschende Meinung in bejahendem Sinne aussprechen.[1])

In Bezug auf das alternative **Vermächtnis** findet sich für den Fall, daß hierbei ein Dritter wählen soll, in den Quellen nur eine, und zwar nur von der optio legata handelnde Stelle:

> Cod. 6, 43, 3, 1. Sed . . . si quis optionem servi vel alterius rei reliquerit non ipsi legatario, sed quem Titius forte elegerit, Titius autem vel noluerit eligere vel morte fuerit praeventus . . . Censemus . . . si intra annale tempus ille qui eligere inssus est hoc facere supersederit vel minime potuerit vel quandocumque decesserit, ipsi legatario videri esse datam electionem.

Justinian gibt also bei der optio legata, falls der Dritte versagt, dem Legatar die Wahl. Die herrschende Ansicht hat diese Entscheidung prinzipiell für alternative Vermächtnisse überhaupt verallgemeinert.[2])

§ 4.

2. Die Ausübung des Wahlrechts.

Die Wahl kann ausgeübt werden einerseits durch ausdrückliche Erklärung (**Verbalwahl**), der erst die Verschaffung der gewählten Leistung folgt, andererseits durch ihre Bewirkung und Annahme selbst, Akte, in welchen die stillschweigende Wahlerklärung zugleich eingeschlossen ist (**Realwahl**).

Diese beiden Möglichkeiten sind gesondert zu behandeln.

---

[1]) Leo S. 20.

[2]) Vgl. hierüber Pescatore, Alternative Obligation S. 71 Anm. 2.

α) Die ausdrückliche Wahlerklärung vor Bewirkung der Leistung.

1.1. Die ausdrückliche Wahlerklärung des Schuldners.

Es sei zunächst angenommen, daß der wahlberechtigte Schuldner eine ausdrückliche Wahlerklärung abgibt. Hier sind wiederum zwei Fälle denkbar.

Zunächst kann, z. B. durch Verfügung des Erblassers, ausdrücklich festgesetzt sein, daß der Schuldner wählen soll. Gibt hier der Schuldner eine ausdrückliche Wahlerklärung ab, so ist sie für ihn bindend und beschränkt die Obligation auf die gewählte Leistung:

> Dig. 30, 84, 9 (Julianus). „Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato". Si dixerit heres Stichum se velle dare, Sticho mortuo liberabitur. Cum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit.

Derselbe Wortlaut kehrt in einem Ausspruche des Pomponius (Dig. 31, 11, 1), der hier auf Julian Bezug nimmt, wieder.

Uebt dagegen der Schuldner das ihm kraft Gesetzes zustehende Wahlrecht aus, ohne daß es ihm noch durch besondere Bestimmung gegeben worden wäre, so hat seine Erklärung keine verbindliche Kraft und keine konzentrierende Wirkung:

> Dig. 45, 1, 106 (Javolenus). Qui ex pluribus fundis, quibus idem nomen impositum fuerat, unum fundum sine ulla nota demonstrationis stipuletur, incertum stipulatur, id est eum fundum stipulatur, quem promissor dare voluerit. Tamdiu autem voluntas (d. h. der geäußerte Wille, die Wahlerklärung, nicht der innere Wille, der selbstverständlicherweise sich fortwährend ändern kann!) [1]) promissoris in pendenti est, quamdiu id, quod promissum est, solvatur.

> Dig. 45, 1, 138, 1 (Venuleius). Cum pure stipulatus sum illud aut illut dari, licebit tibi, quotiens voles,

[1]) Vgl. Kiesel S. 15 f.

mutare voluntatem in eo, quod praestaturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et eius quae inest.

Der Schuldner also, der das ihm „pure", d. h. kraft Gesetzes, ohne ausdrückliche Bestimmung verliehene Wahlrecht ausübt, ist befugt, nach abgegebener Erklärung die getroffene Wahl bis zur schließlichen Bewirkung der Leistung beliebig oft zu ändern: er hat das sogenannte ius variandi.[1])

Dieses Variationsrecht besaß der Schuldner nicht nur bei Stipulationen (vergl. die beiden zuletzt angeführten Stellen Dig. 45, 1, 106 und Dig. 45, 1, 138, 1), sondern anscheinend auch bei bonae-fidei-Kontrakten:

Dig. 19, 1, 21, 6 (Paulus). Qui domum vendebat, excepit sibi habitationem, donec viveret, aut in singulos annos decem: emptor primo anno maluit decem praestare, secundo anno habitationem praestare. Trebatius ait mutandae voluntatis potestatem eum habere singulisque annis alterutrum praestare posse et quamdiu paratus sit alterutrum praestare petitionem non esse.

Auch bei dem alternativen Damnationslegat, wo in dubio der Schuldner, also der Erbe, wahlberechtigt ist, steht diesem bei pure verliehenem Wahlrecht das ius variandi zu, wie man aus der Seite 17 zitierten Stelle Dig. 30, 84, 9 schließen darf.

Im einzelnen ist das Variationsrecht des Schuldners in der Literatur lebhaft umstritten. Die herrschende Meinung[2]) jedenfalls erkennt seine Existenz für die Stipulationen und negotia bonae fidei des römischen Rechts (vom alternativen Damnationslegat hier abgesehen) durchaus an.

Daß bei bonae-fidei-Kontrakten das ius variandi des Schuldners leicht zu chikanöser Rechtsausübung führen konnte, zeigt obiger Ausspruch des Trebatius in Dig. 19, 1, 21, 6.

---

[1]) Kein quellenmäßiger Ausdruck.

[2]) Es seien angeführt: Savigny I S. 391; Puchta S. 346; Vangerow III S. 18 Anm. 2; Baron S. 312; Brinz II, 1 S. 103; Windscheid II S. 25; Ryk II S. 231. — Geleugnet wird das ius variandi von Sintenis II S. 30 Anm. 53; Mühlenbruch II S. 290; für die negotia bonae fidei von Demelius S. 21 ff.; über die Ansicht Iherings s. u. S. 19.

Für die Tatsache, daß der wahlberechtigte Schuldner bei pure (kraft Gesetzes) eingeräumtem Wahlrecht variieren kann, bei expressis verbis verliehenem aber nicht, gibt die oben S. 17 f. angeführte Stelle Dig. 45, 1, 138, 1 eine äußerliche Begründung mit den Worten: „quia diversa causa est voluntatis expressae et eius quae inest.“ Savigny sucht das ius variandi des Schuldners innerlich zu rechtfertigen durch den Hinweis auf das „eigentliche Wesen der Obligation“, das nach ihm „in der Tätigkeit des Schuldners besteht. Da nun der Vertrag einen Teil dieser Tätigkeit unbestimmt gelassen hat, so ist eben dadurch dem Schuldner die Befugnis vorbehalten, die Ergänzung nach seinem Gutdünken vorzunehmen“.[1])

Eine ungezwungene, aus den strengen römischen Stipulationsgrundsätzen folgende Erklärung für das Variationsrecht gibt Ihering.[2]) Er weist darauf hin, daß zu unterscheiden sei, ob die Stipulation auf „velle“ (vergl. Dig. 30, 84, 9 und Dig. 31, 11, 1, zitiert auf S. 17) oder auf „dare“ (vergl. Dig. 45, 1, 138, 1, zitiert auf S. 17 f.) gestellt war. Im ersteren Falle werde das Wahlrecht durch die bloße Erklärung dieses Leistenwollens konsumiert; im letzteren Falle aber komme es auf das wirkliche Leisten an, und daher sei eine vor dem dare abgegebene Erklärung des Schuldners, etwas Bestimmtes nur leisten zu wollen, ohne verbindliche Kraft.

Das Ergebnis ist jedenfalls, daß die Verbalwahl des römischen Rechts, sofern sie der wahlberechtigte Schuldner vornimmt, infolge des ihm grundsätzlich gegebenen ius variandi das Schuldverhältnis nicht zu konzentrieren vermag und daher nicht als eine „Wahl“ in dem in der Einleitung (oben S. 7) angegebenen strengen Sinne gelten kann.

2.2. Die ausdrückliche Wahlerklärung des Gläubigers.

Soll der Gläubiger das Wahlrecht haben, so muß es ihm, wie oben S. 14 hervorgehoben, stets ausdrücklich eingeräumt sein.

Es fragt sich nun wiederum: hat die Verbalwahl des wahl-

[1]) Savigny I S. 391.

[2]) Ihering, „Unsere Aufgabe“, in Jahrb. für Dogmatik Bd. 1 S. 31 f.

berechtigten Gläubigers verbindliche Kraft und konzentrierende Wirkung — oder nicht?

Die Antwort auf diese Frage gibt:

> Dig. 45, 1, 112 pr. (Pomponius). Si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, utrum ipse vellet: quem elegerit, petet, et is erit solus in obligatione. an autem mutare voluntatem possit et ad alterius petitionem transire, quaerentibus respiciendus erit s e r m o s t i p u l a t i o n i s, utrumne talis sit, „quem voluero“, an „quem volam“: nam si talis fuerit „quem voluero“, cum semel elegerit, mutare voluntatem non poterit: si vero tractum habebat sermo illius et sit talis „quem volam“, donec iudicium dictet, mutandi potestatem habebit.

Es entscheidet also der Wortlaut der Stipulation. Hat der Gläubiger die Worte „quem voluero“ gebraucht, so kann er von der einmal erklärten Wahl nicht wieder abgehen: die Konzentration auf die gewählte Leistung ist daher eingetreten. Hat er aber stipuliert „quem volam“, so steht ihm, „donec iudicium dictet“, d. h. bis zur Litiskontestation, die mutandi potestas, das Variationsrecht, zu; die abgegebene Wahlerklärung ist also rechtlich irrelevant und ohne beschränkende Wirkung.

Je nachdem daher nach dem Wortlaute der Stipulation der wahlberechtigte Gläubiger nicht mehr oder noch variieren kann, ist seine Verbalwahl im römischen Recht eine Wahl im strengen Sinne oder nicht.[1])

β) Die Erklärung der Wahl durch Bewirkung der Leistung selbst.

Der Verbalwahl des römischen Rechts wohnt, wie oben gezeigt, infolge des ius variandi grundsätzlich keine konzentrierende Wirkung inne. Der S c h w e r p u n k t liegt für das römische Recht

[1]) Beim alternativen Vindikationslegat hat der wahlberechtigte Legatar kein Variationsrecht, vgl. Dig. 33, 5, 20 a. E.: „. . . quia omne ius legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumpsit, quoniam res continuo eius fit, simul ac si dixerit eam sumere. — Ausnahmen von dieser Regel in Dig. 33, 5, 2, 2. 3 und Dig. 33, 5, 4. Vgl. die Ausführungen Dernburgs, Pandekten III S. 219 f.

vielmehr in der Realwahl, d. h. in der in der Bewirkung bzw. Annahme der Leistung selbst zum Ausdrucke kommenden Wahlerklärung. Daß eine solche Wahlerklärung das Schuldverhältnis auf die gleichzeitig auch schon bewirkte bzw. angenommene Leistung beschränken muß, folgt ohne weiteres aus der Tatsache, daß die in gehöriger Weise vollzogene Leistung das Erlöschen der Alternativobligation selbst herbeigeführt (Dig. 44, 7, 44, 3 (Paulus) . . . nam alterius solutio totam obligationem interemit).

Einer besonderen Behandlung bedarf dagegen der Fall, daß die Realwahl in einer nur teilweise bewirkten Leistung ihren Ausdruck findet.

Die Bewirkung nur eines Teils der Leistung seitens des wahlberechtigten Schuldners führt eine Konzentration des alternativen Schuldverhältnisses nicht herbei. Der Schuldner kann vielmehr die erbrachte Teilleistung kondizieren:

> Dig. 12, 6, 26, 13 (Ulpianus). Si decem aut Stichum stipulatus solvam quinque, quaeritur, an possim condicere: quaestio ex hoc descendit, an liberer in quinque: nam si liberor, cessat condictio, si non liberor, erit condictio. placuit autem, ut Celsus libro sexto et Marcellus libro vicensimo digestorum scripsit, non peremi partem dimidiam obligationis ideoque eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur, petique ab eo posse reliqua quinque aut Stichum et, si praestiterit residua quinque, videri eum et priora debita solvisse, si autem Stichum praestitisset, quinque eum posse condicere quasi indebita.

Nach dem Wortlaut dieser von Ulpian herrührenden Stelle wird also der Schuldner durch die teilweise bewirkte Leistung nicht pro parte befreit, das alternative Schuldverhältnis daher in seinem Bestande auch nicht berührt. Allerdings ist die Kondiktion der Teilleistung nur unter gleichzeitiger Bewirkung der ganzen anderen Leistung gestattet; in diesem Sinne wird man auch den Ausdruck „statim repeti potest“ in

> Dig. 45, 1, 2, 1 (Paulus): . . . si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata

est, sed aut statim repeti potest aut in pendenti est, donec alius detur —

interpretieren müssen, um eine ungerechte Benachteiligung des Gläubigers zu verhüten.[1]) Erst in der Bewirkung der ganzen anderen Leistung liegt die konzentrierende Wahlerklärung eingeschlossen.

Andererseits kann aber auch der Schuldner, wie obiger Ausspruch Ulpians zeigt, den an der ersten Leistung noch fehlenden Restbetrag folgen lassen: dann enthält die Bewirkung dieser Restleistung das beschränkende Moment, indem sich in ihr der auf jene erste, jetzt vervollständigte Leistung gerichtete Wille des wahlberechtigten Schuldners offenbart.

Es entsteht nun aber die Frage: Wie gestaltet sich die Sachlage, wenn der Wahlberechtigte überhaupt nicht, weder verbaliter, noch realiter, wählt? Gibt das römische Recht der nichtwahlberechtigten Partei ein Mittel in die Hand, unter Ausschluß des säumigen Gegners, ihrerseits die Konzentration herbeizuführen?

§ 5.

3. Der Verzug des Wahlberechtigten.

Es kann sowohl Schuldner wie Gläubiger,[2]) je nachdem dieser oder jener das Wahlrecht hat, mit dessen Ausübung in Verzug geraten.

a) Der Verzug des wahlberechtigten Schuldners.

Vom Verzuge des wahlberechtigten Schuldners spricht nur eine Quellenstelle:

Dig. 13, 4, 2, 3 (Ulpianus). Scaevola libro quinto decimo quaestionum ait non utique ea, quae tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate, sed quid debeat, esse in eius arbitrio, an debeat, non esse. et ideo cum quis Stichum aut Pamphilum promittit,

[1]) Vgl. Vangerow III S. 13 Anm. II, 1. — Anderer Meinung Pescatore, Alternative Obligation S. 161 ff., Wahlschuldverhältnisse S. 52 f.

[2]) Bezüglich des wahlberechtigten Dritten vgl. oben S. 15 f.

eligere posse quod solvat, quamdiu ambo vivunt: ceterum ubi alter decessit, extingui eius electionem, ne sit in arbitrio eius, an debeat, dum non vult vivum praestare, quem solum debet. quare et in proposito eum, qui promisit Ephesi aut Capuae, si fuerit in ipsius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri non potuisse: semper enim alium locum electurum: sic evenire, ut sit in ipsius arbitrio, an debeat: quare putat posse ab eo peti altero loco et sine loci adiectione: damus igitur actori electionem petitionis. et generaliter definit Scaevola petitorem electionem habere ubi petat, reum ubi solvat, scilicet ante petitionem. proinde mixta, inquit, rerum alternatio locorum alternationi ex necessitate facit actoris electionem et in rem propter locum: alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem.

Es handelt sich in dieser Stelle um eine alternatio locorum bzw. eine alternatio rerum alternationi locorum mixta. Der Schuldner hat hier zu leisten „Ephesi aut Capuae". Die für diesen singulären Fall gegebene Entscheidung, daß der Gläubiger, jedoch erst bei Anstellung der Klage, nicht schon bei bloßem Verzuge des wahlberechtigten Schuldners,[1]) seinerseits Leistungsort und bei der alternatio mixta auch Leistungsinhalt wählen dürfe, ist erklärlich, da nach römischem Recht die Anstellung der Klage nur am Erfüllungsorte zulässig war. Wollte man also dem Gläubiger überhaupt die Möglichkeit einer Klage geben, so mußte man ihm, nicht dem Schuldner („semper enim alium locum electurum"), die Bestimmung des Leistungsortes überlassen; damit gab man dem Gläubiger, wie obige Stelle zeigt, zugleich die Wahl hinsichtlich des Leistungsinhalts.

Es handelt sich jedenfalls in der zitierten Digestenstelle um einen ganz eigenartigen und durchaus singulären Fall einer Alternativobligation. Man wird daher die dort gegebene Entscheidung schwerlich auf alternative Obligationen schlechthin analog ausdehnen können. Deshalb wird man sagen müssen, daß der

---

[1]) Vgl. Vangerow III S. 19f. Anm. 4.

wahlberechtigte Schuldner trotz seines Verzuges regelmäßig das Wahlrecht behält.[1])

Ist der Schuldner nun in Verzug geraten und klagt nunmehr der Gläubiger, so muß er die Klage alternativ auf die eine oder die andere Leistung abstellen, sonst würde eine plus petitio causa von seiner Seite vorliegen:

> Inst. 4, 6, 33 d. . . . causa plus petit: . . . si quis ita a te stipulatus sit: „hominem Stichum aut decem aureos dare spondes?“, deinde alterutrum petat, veluti hominem tantum aut decem tantum.

Die alternativ gefaßte Litiskontestation zwischen Gläubiger und Schuldner entzieht also letzterem seine Wahlbefugnis noch nicht. Die pecuniaria condemnatio des römischen Formularprozesses vernichtete allerdings sein Wahlrecht überhaupt; nachdem aber an Stelle der Verurteilung auf Geld die Kondemnation auf die geschuldete Leistung selbst getreten war, konnte das Urteil nur alternativ auf Verschaffung der einen oder der anderen Leistung ergehen.[2]) Der Schuldner behält infolgedessen sein Wahlrecht auch noch nach Erlassung des Urteils; übt er es aber auch jetzt noch nicht aus, so kann der Gläubiger die Realexekution auf das eine oder andere geschuldete Objekt richten.[3]) Jedoch nimmt dem Schuldner nicht schon der Antrag auf Exekution, sondern erst der Beginn der tatsächlich vor sich gehenden Zwangsvollstreckung in das vom Gläubiger bestimmte Objekt endgültig das Wahlrecht. In dem Augenblicke also, in dem der Gläubiger die Zwangsvollstreckung beginnt, gibt er, das in diesem Moment auf ihn übergegangene Wahlrecht auch schon ausübend, eine wirkliche, mit konzentrierender Kraft ausgestattete Wahlerklärung ab.

---

[1]) Pescatore, Alternative Obligation S. 189 ff., Wahlschuldverhältnisse S. 56 Anm. 21; Windscheid II S. 27 Anm. 11; Dernburg, Pandekten II S. 78 b. Streit herrscht in diesem Punkte beim alternativen Damnationslegat, s. hierüber Leo S. 52.

[2]) Ausführliches hierüber bei Pescatore, Alternative Obligation S. 193 ff.

[3]) Vgl. Windscheid II S. 27; Dernburg, Pandekten II S. 78.

β) Der Verzug des wahlberechtigten Gläubigers.

Auch hinsichtlich der mora des wahlberechtigten Gläubigers findet sich nur eine, keineswegs genügend beweiskräftige Quellenstelle, die sich nur auf die optio legata bezieht:

> Dig. 33, 5, 8 pr. (Pomponius). Si tibi electio servi et mihi reliqui legati sunt, decernendum est a praetore, nisi intra certum tempus optaveris, petitionem tibi non datu iri.

Der Prätor setzt hier also dem säumigen Legatar eine Frist zur Vornahme der Wahl; wählt der Legatar innerhalb dieser Frist nicht, so kann er nach ihrem Ablaufe nicht mehr klageweise gegen den Schuldner vorgehen.

Mommsen[1]) will diese Entscheidung auf alle alternativen Obligationen, bei denen der Gläubiger das Wahlrecht hat, ausdehnen. Das gemeine Recht hat versucht, diese hier unleugbar vorhandene Lücke[2]) in den Quellen auszufüllen (s. hierüber unten S. 34).

§ 6.

c) Konzentration auf eine Leistung durch Untergang der anderen.

Außer durch Vertrag der Parteien und Wahl des Wahlberechtigten kann das alternative Schuldverhältnis auch durch den Untergang sämtlicher Leistungen bis auf eine auf diese übrig bleibende konzentriert werden.

Ist von zwei geschuldeten Leistungen die eine schon von Begründung des Schuldverhältnisses an unmöglich, so entsteht nur eine einfache, keine alternative Obligation:[3])

> Dig. 45, 1, 128 (Paulus). . . . qui Stichum aut Pamphilum stipulatur, si in unum constiterit obligatio, quia alter stipulatoris erat, etiamsi desierit eius esse,

---

1) Mommsen III S. 153 mit Anm. 5 daselbst. Gegen Mommsen Pescatore, Alternative Obligation S. 257.

2) Die auch von Leo S. 56 und von Schenke S. 39 anerkannt wird.

3) Vgl. Windscheid II S. 27 Anm. 12; Dernburg, Pandekten II S. 79 Anmerkung 10.

non recte solvitur, quia utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem.

Der späte Untergang der Leistung kann durch casus oder durch culpa des Schuldners bzw. Gläubigers herbeigeführt werden. Im folgenden seien, wie bisher, wiederum nur zwei in obligatione befindliche Leistungen angenommen.

1. Der Einfluß des casus.

Der kasuelle Untergang der einen Leistung konzentriert, wie die folgenden Quellenstellen deutlich zeigen, das Schuldverhältnis auf die andere, mag im konkreten Falle der Schuldner oder der Gläubiger wahlberechtigt sein, und mag es sich um eine alternative Vertragsobligation oder um ein alternatives Legat handeln:

> Dig. 18, 1, 34, 6 (Paulus). Si emptio ita facta fuerit: „est mihi emptus Stichus aut Pamphilus" . . . uno mortuo qui superest dandus est.

> Dig. 31, 11, 1 (Pomponius). „Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato, dum, utrum velit dare, eo die, quo testamentum meum recitatum erit, dicat" . . . si ante diem legati cedentem alter mortuus fuerit, alter qui supererit in obligatione manebit.

Allerdings gibt die herrschende Meinung,[1]) gestützt auf zwei freilich verschiedener Auslegung fähige Quellenstellen (Dig. 46, 3, 95, 1 und besonders Dig. 30, 47, 3)[2]), dem wahlberechtigten Schuldner die Befugnis, dem Gläubiger anstatt des übrig gebliebenen Objekts die Aestimation des kasuell untergegangenen zu leisten. Hierdurch verwandelt sich aber die obligatio alternativa in eine facultas alternativa des Schuldners, vergl. hierzu die Einleitung oben S. 9.

Gegen dieses Recht der oblatio aestimationis spricht der innere Grund, daß dem Gläubiger doch in der Regel schwerlich damit

---

[1]) Vgl. Windscheid II S. 27 lit. a; Dernburg, Pandekten II S. 79; Vangerow III S. 21 sub I, 1. Gegen die herrschende Meinung ausführlich Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 59ff.

[2]) Diese Stelle enthält das viel umstrittene „fortassis".

gedient sein kann, statt der Leistung selbst, auf die es ihm jedenfalls ankam, die für ihn vielleicht wertlose Aestimation zu erhalten — wie überhaupt der sogen. „Schadenersatz" regelmäßig nur ein unvollkommener Ersatz sein kann.

2. Der Einfluß der culpa.

Der Einfluß der culpa äußert sich in verschiedener Weise, je nachdem der Schuldner oder der Gläubiger das Wahlrecht hat; in jedem dieser beiden Fälle ist wiederum zu unterscheiden, ob Verschuldung auf seiten der einen oder der anderen Partei vorliegt.

Einschlägige Quellenstellen sind hier nur spärlich vorhanden, die Frage nach der Konzentration ist daher nach allgemeinen Grundsätzen zu beantworten.

Die folgende Erörterung beschränkt sich auf eine Hervorhebung der Hauptfälle.

a) Der Einfluß der culpa bei Wahlrecht des Schuldners.

1. Geht durch culpa des wahlberechtigten Schuldners die eine der beiden Leistungen unter, so kann und muß er dem Gläubiger nur noch das übrig gebliebene Objekt leisten; die Konzentration auf dieses ist also eingetreten. Dem Gläubiger kann die Unmöglichkeit der einen Leistung gleichgültig sein, da er ja nicht das Wahlrecht hat.

2. Verschuldet der nicht wahlberechtigte Gläubiger den Untergang des einen Objekts, so beschränkt sich nach römischem Recht auffälligerweise die Obligation wiederum auf die andere Leistung, unbeschadet freilich der Pflicht des Gläubigers, den Schuldner für die untergegangene Sache nach den Bestimmungen der lex Aquilia zu entschädigen. Daß hier eine Konzentration eintritt, läßt sich schließen aus:

> Dig. 9, 2, 55 (Paulus). Stichum aut Pamphilum promisi Titio, cum Stichus esset decem milium, Pamphilus viginti: stipulator Stichum ante moram occidit: quaesitum est de actione legis Aquiliae. respondi: cum viliorem occidisse proponitur, in hunc tractatum nihilum differt ab extraneo creditor. quanti igitur fiet aestimatio, utrum

decem milium, quanti fuit occisus, an quanti est, quem necesso habeo dare, id est quanti mea interest? . . .

Die Worte „quem (nämlich den überlebenden Pamphilus) necesse habeo dare" zeigen, daß nach Ansicht des Paulus die Obligation infolge der Tötung des Stichus durch den stipulator, auf den noch vorhandenen Pamphilus konzentriert worden ist. Diese Tatsache erscheint insofern auffallend, als der nicht wahlberechtigte Gläubiger das ihm selbst genehme Objekt durch absichtliche Vernichtung des anderen, freilich auf die Gefahr der Interesseleistung hin, in seine Gewalt bringen kann.

Manche Schriftsteller wollen in den beiden angeführten Fällen dem Schuldner prinzipiell wiederum das Recht der oblatio aestimationis geben.[1])

β) Der Einfluß der culpa bei Wahlrecht des Gläubigers.

Die beiden im vorigen Abschnitt behandelten Fälle gestalten sich, wenn der Gläubiger das Wahlrecht hat, folgendermaßen:

1. Verschuldet der nicht wahlberechtigte Schuldner den Untergang der einen Sache, so ist eine Konzentration ausgeschlossen; denn der Schuldner darf das dem Gläubiger eingeräumte Wahlrecht nicht vereiteln. Der Gläubiger kann also zwischen dem übrig gebliebenen Objekte und dem Werte des untergegangenen wählen.[2])

2. Geht durch culpa des wahlberechtigten Gläubigers der eine Leistungsinhalt unter, so kann nach der Ansicht von Pescatore[3]) und Zimmern[4]) der Gläubiger wählen, ob er das vernichtete Objekt sich als empfangen anrechnen oder gegen Ersatz des Wertes desselben die noch vorhandene Sache fordern will. Dagegen ist Vangerow[5]) der Meinung, daß die Konzentration auf das übrig gebliebene Objekt eingetreten sei, daß also der Gläubiger nur dieses fordern dürfe und dem Schuldner für die

---

[1]) So besonders Vangerow III S. 22 sub 2 und S. 23 sub 3; Windscheid II S. 27f. Anm. 13 und 14; Zimmern S. 320 (für den zuerst angeführten Fall).

[2]) Vgl. Vangerow III S. 26 sub 2; Zimmern S. 323f.

[3]) Pescatore, Alternative Obligation S. 260ff.

[4]) Zimmern S. 337ff.

[5]) Vangerow III S. 26 sub 3.

untergegangene Sache Schadensersatz leisten müsse. Die Ansicht von Pescatore und Zimmern, nach der dem von vornherein wahlberechtigten Gläubiger das Wahlrecht verbleibt, darf wohl als die natürlichere gelten.

§ 7.

II. Gemeines Recht.

Die oben dargestellten römisch-rechtlichen Grundsätze sind im wesentlichen gemeines Recht geworden. Hervorzuheben ist jedoch, daß nach gemeinem Recht, das jene strengen Stipulationsgrundsätze (s. o. S. 14) nicht mehr kennt, dem Gläubiger nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend das Wahlrecht eingeräumt sein kann.[1]) Neuerdings hat sich ferner ein lebhafter Streit darüber erhoben, ob für das gemeine Recht ein ius variandi noch zuzulassen sei oder nicht.

Daß das Variationsrecht der Verkehrssicherheit geradezu feindlich gegenübersteht, weil nur eine unwiderrufliche Wahlerklärung eine feste Rechtslage schaffen kann, bedarf keines weiteren Nachweises, ganz abgesehen davon, daß es auch vom ethischen Standpunkt aus entschieden zu verwerfen ist, weil es der Wortbrüchigkeit Vorschub leistet.

a) Das ius variandi im gemeinen Recht.

Die herrschende Meinung,[2]) die, allerdings mit einer unten zu erörternden Modifikation, das ius variandi im gemeinen Recht durchaus anerkennt, ist am schärfsten von Ihering[3]) angegriffen worden.

Es war oben (S. 19) bereits näher ausgeführt worden, daß Ihering das ius variandi für einen Ausfluß der römischen Formaljurisprudenz erklärt. In Rom, meint nun Ihering (a. a. O. S. 31 ff.) weiter, wo jene strengen Stipulationsgrundsätze gegolten hätten, wo man sehr fein zwischen einer auf „velle“ oder auf „dare“ gestellten Stipulation unterschieden habe, sei das ius variandi unbedenklich gewesen; man habe sich ja, indem man in dieser oder

---

[1]) Vgl. Windscheid II S. 23.

[2]) Vgl. die oben S. 18 Anm. 2 angeführten Schriftsteller.

[3]) Ihering, „Unsere Aufgabe“, in Jahrb. für Dogmatik Bd. I S. 31 ff.

jener Weise stipulierte, vorsehen können. Wolle man aber ein Variationsrecht noch für die Zeit des gemeinen Rechts zulassen, der die römische Stipulation mit ihrer strengen Wortinterpretation durchaus fremd sei und in der der römische Satz: „quia diversa causa est voluntatis expressae et eius quae inest“ (Dig. 45, 1, 138, 1) nicht mehr gelte, so würde man mit diesem „zivilistischen Mumienkultus“ zu den unglaublichsten Resultaten kommen.

Ihering zeigt die Undurchführbarkeit des ius variandi mit allen seinen ungerechten Konsequenzen an zwei praktischen Beispielen. Er sagt (a. a. O. S. 32): „Man nehme an, ein Testator habe jemanden das Haus des X, in dem er zur Miete wohnt, oder ein Kapital von 10 000 Rtlrn. vermacht, und der Legatar erklärt dem Erben, er wünsche das Haus. Letzterer kauft dasselbe von X für einen hohen Preis; wie er es aber dem Legatar offeriert, nimmt jener seine Wahl mit Berufung auf l. 138 § 1 de v. o. (45, 1) zurück. Oder aber der Schuldner hatte die Wahl zu treffen, und es handelt sich um Leistung einer Geldsumme oder einer bedeutenden Warenlieferung. Er entscheidet sich nun für letzteres, und der Gläubiger trifft inzwischen Anstalten zur Entgegennahme der Waren, schließt Kontrakte ab über den Transport, den weiteren Verkauf usw., und schließlich sollte der Schuldner sein Wort zurücknehmen können?!“

Ihering (a. a. O. S. 33) hofft, „daß kein heutiger Richter so sehr von allem gesunden Gefühl und praktischen Takt entblößt sein würde, um in diesem Falle die l. 138 cit. zur Anwendung zu bringen,“ da „ein darauf gebautes Urteil die allgemeinste Entrüstung erregen und den angeblichen Wert des römischen Rechts in den Augen eines jeden verständigen Laien mehr als zweifelhaft machen würde.“ So Ihering.[1]) Was hat ihm nun die herrschende Meinung auf seine scharfen Angriffe erwidert?

Zunächst hat man Ihering eine gewisse Einseitigkeit zum

---

[1]) Iherings Ansicht sind beigetreten: Demelius S. 28 ff.; Regelsberger im Arch. f. zivil. Praxis Bd. 49 S. 208 f., vgl. aber hierzu Jahrb. für Dogmatik Bd. 16 (N. F. Bd. 4) S. 170 ff; Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts II S. 62 Anm. 8. Siehe auch Seufferts Archiv Bd. 31 (N. F. Bd. 1) Nr. 319 (S. 407).

Vorwurfe gemacht. Er habe, so sagen seine Gegner,[1]) nur den reinen Wahlzweck der Alternativobligation (vergl. oben Einleituug S. 9) ins Auge gefaßt; gar nicht aber habe er den Versicherungszweck berücksichtigt, der nur durch eine unverbindliche, die Gefahr beim Schuldner belassende Wahlerklärung erreicht werden könne, während die mit bindender Kraft ausgestattete Erklärung das periculum auf den Gläubiger überwälze. Dieser Vorwurf ist an sich sicherlich begründet; aber er fällt nicht allzuschwer ins Gewicht, da der Wahlzweck, d. h. die absichtlich herbeigeführte, erst später nach Lage der Verhältnisse in dieser oder jener Richtung zu beseitigende Ungewißheit, in den weitaus meisten Fällen jenen Versicherungszweck überwiegen wird.

Man hat Ihering ferner eine gewisse Inkonsequenz vorgeworfen[2]) — sehr mit Unrecht, wie sich sogleich zeigen wird. Er habe, so sagt man, in einer späteren Schrift („Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt", Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 4, S. 384 ff.) die Ausscheidungstheorie, derzufolge der Schuldner durch seine bloße Erklärung die Genusobligation in eine Speziesschuld umwandeln und so die Gefahr auf den Gläubiger übertragen könne, ausdrücklich verworfen. Bei der generischen Obligation wolle er also der Erklärung unverbindliche, bei der alternativen aber bindende Kraft beilegen — der Widerspruch liege auf der Hand!

Diese angebliche Inkonsequenz ist aber in Wahrheit nur die logische Konsequenz der ganz verschiedenen Auffassung Iherings von den Zwecken jener beiden Obligationen.[3]) Bei der alternativen nämlich kommt für ihn nur der Wahlzweck, bei der generischen nur der Versicherungszweck in Frage; daher legt er dort der Erklärung konzentrierende Kraft, hier aber keine rechtliche Bedeutung bei. Von einer wirklichen Inkonsequenz Iherings würde man ganz im Gegenteil gerade dann reden müssen, wenn er, trotz seiner verschiedenen Grundauffassung von den Zwecken jener zwei Obli-

[1]) So Windscheid II S. 26 Anm. 9 u. a.

[2]) So Windscheid II S. 26 Anm. 9; Brinz II, 1 S. 107 Anm. 21; auch Roh S. 41 f.

[3]) Dieser Ansicht auch Schenke S. 28.

gationen, beiden Erklärungen hätte dieselbe Bedeutung, sei es im Sinne verbindlicher oder nicht verbindlicher Kraft, beimessen wollen.

Jedenfalls hat sich die herrschende Meinung von Ihering nicht überzeugen lassen, sondern erkennt nach wie vor ein Variationsrecht für das gemeine Recht an.

Indessen ist doch ein kleines Zugeständnis der herrschenden Ansicht an die Gegner des ius variandi zu konstatieren. Es ist interessant, zu beobachten, wie gerade Windscheid, ohne freilich das Variationsrecht selbst preiszugeben, eine kleine Schwenkung vorgenommen hat.[1]) In der 1865 erschienenen Auflage des zweiten Bandes des Windscheidschen Pandektenwerkes findet sich auf Seite 15, Anmerkung 9 a. E., der ersten Abteilung zur Rechtfertigung des ius variandi wörtlich folgender Satz: „Hat der Gläubiger oder Schuldner Schaden davon, daß er sich auf eine, nicht in Absicht sich zu binden, abgegebene Erklärung des anderen Teils verlassen hat, so ist das, abgesehen von der möglicherweise begründeten actio de dolo, seine Sache". Dieser Satz mag aber doch Windscheid später als gar zu bedenklich erschienen sein. Tatsache ist jedenfalls, daß er schon in der dritten, 1870 erschienenen Auflage, sowie in den folgenden Auflagen des zweiten Bandes fehlt; dafür findet sich aber an derselben Stelle (z. B. Band II dritter Auflage, S. 17 Anm. 9 a. E.) folgender Satz, der eben jenes kleine Zugeständnis an die Gegner des ius variandi enthält: „Auch die nicht bindende Erklärung des Wahlberechtigten verpflichtet denselben, wenn er hinterher eine andere Wahl trifft, zum Ersatz des sog. negativen Interesses, d. h. desjenigen Nachteils, welchen der Gegner dadurch erlitten hat, daß er sich darauf verlassen hat, es werde das in der Erklärung Bezeichnete geleistet werden bzw. zu leisten sein." Begründend fügt Windscheid an derselben Stelle hinzu: „Wenn dieses Interesse auf Grund einer abgegebenen Vertragserklärung geleistet werden muß, so wird man nicht zu weit gehen, wenn man die Verpflichtung zur Leistung desselben auch durch eine abgegebene Erfüllungserklärung entstehen läßt."

Anscheinend hat also Windscheid selbst die Unbilligkeit des ius variandi gefühlt und die Härten dieses „Rechts" durch Auf-

---

[1]) Vgl. Schenke S. 26.

erlegung jener Pflicht zur Leistung des negativen Interesses mildern wollen. —

Neuerdings hat Franz Leonhard einen anderen Weg, das Problem des ius variandi zu lösen, in seiner Abhandlung: „Die Wahl bei der Wahlschuld" (abgedruckt in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, Band 41, zweite Folge Band 5) eingeschlagen. Auf Grund seiner Beweisführung kommt er (S. 23 a. a. O.) zu folgenden Ergebnissen für das römische und gemeine Recht:

1. „Die Wahlerklärung macht die Schuld noch nicht zu einer völlig einfachen: wohl aber zu einer Schuld mit Ersetzungsbefugnis" (facultas alternativa).[1]
2. „Sie nimmt daher dem Wählenden noch nicht das Recht, die Wahl wieder zu ändern. Wohl aber kann jede Partei nach der Wahl den Gegner in Verzug setzen und so die Nachteile der Ungewißheit von sich abwälzen."[2]

Im folgenden sei noch ergänzungsweise auf die Stellungnahme des gemeinen Rechts zu der Frage nach dem Verzuge des Wahlberechtigten hingewiesen.

b) Der Verzug des Wahlberechtigten nach gemeinem Recht.

Es war oben (S. 22) hervorgehoben worden, daß nur eine Quellenstelle (Dig. 13, 4, 2, 3) von einem Uebergang des Wahlrechts auf den Gläubiger bei Verzug des wahlberechtigten Schuldners spricht, eine Entscheidung, die indessen nur für den singulären Fall der alternatio locorum bzw. alternatio rerum alternationi locorum mixta gegeben ist und in einer Eigenartigkeit des römischen Prozeßrechts (s. o. S. 23) ihren Grund hat. Aus jener Stelle folgt also keinesfalls, daß der säumige Schuldner durch die bloße Tatsache des Verzuges sein Wahlrecht zu Gunsten des Gläubigers verliert. Die herrschende Ansicht des gemeinen Rechts[3]) verwirft durchaus

[1]) Vgl. hierzu Regelsberger, Jahrb. für Dogmatik Bd. 16 (N. F. Bd. 4) S. 166 Anm. 1.

[2]) Gegen Leonhard Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 81 ff.

[3]) Vgl. Windscheid II S. 27 Anm. 11; Vangerow III S. 19 f. sub 4; Ryk II S. 245 ff.

einen solchen Uebergang des Wahlrechts. In gleichem Sinne hat auch das Reichsgericht wiederholt entschieden.[1])

Ueber die alternativ zu fassende Klage und den Uebergang des Wahlrechts im Augenblicke des Beginns der Zwangsvollstreckung vergl. oben S. 24.

Wie es andererseits mit dem Verzuge des wahlberechtigten Gläubigers zu halten sei, darüber sind die Ansichten im gemeinen Recht mangels einschlägiger Quellenstellen (s. o. S. 25) sehr geteilt. Windscheid[2]) will dem säumigen Gläubiger sein Wahlrecht gleichwohl belassen, während Dernburg[3]) dem Schuldner bei mora des wahlberechtigten Gläubigers die Befugnis gibt, nach seiner (des Schuldners) Wahl eine der Leistungen anzubieten und sich durch deren Deposition zu befreien. Das Reichsgericht hat sich aber gegen die Dernburg'sche Ansicht ausgesprochen.[4]) Zu einer Einigung ist es über diesen Punkt in der gemeinrechtlichen Zeit nicht gekommen.

Hiermit sei das gemeine Recht verlassen. Die Abhandlung wendet sich nun den neueren Privatrechtskodifikationen zu.

§ 8.

III. Uebersicht über die wichtigsten neueren Privatrechtskodifikationen.

Zweck der folgenden Zeilen soll es sein, im Rahmen der Aufgabe und mit Beschränkung auf die Hauptpunkte eine kurze rechtsvergleichende Skizze darüber zu geben, wie sich das moderne, in Geltung befindliche bezw. befindlich gewesene Recht zur Frage nach der Konzentration der alternativen Obligation gestellt hat.[5])

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 12 S. 186, Bd. 27 S. 384.

[2]) Windscheid II S. 417 Anm. 10. Ihm folgt Pescatore, Alternative Obligation S. 256 ff.

[3]) Dernburg, Pandekten II S. 80; vgl. hierzu Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 24 S. 33 ff.

[4]) Reichsgericht a. a. O. Bd. 30 S. 99; vgl. hierzu Leo S. 57 f.

[5]) Ausführliches hierüber s. bei Bernstein, Die alternative Obligation im römischen und im modernen Recht, in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 392 ff.; Litten S. 37 ff.; Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 86 ff.

In den Kreis der Betrachtung sind gezogen: das preußische Landrecht, der Code civil, das österreichische bürgerliche Gesetzbuch und das sächsische bürgerliche Gesetzbuch. Ergänzungsweise ist auf das italienische (Codice civile del regno d'Italia), portugiesische (Codigo civil Portuguez) und spanische (Código civil Español) Recht verwiesen.

a) Die Konzentration durch die Wahl.

Es fragt sich zunächst wiederum: wer ist wahlberechtigt?

Die sämtlichen angeführten Gesetzbücher geben, hierin prinzipiell dem römischen Rechte folgend, bei alternativen Vertragsobligationen dem Schuldner die Wahl:

> Preuß. L.R. I, 5, § 274. „Ist nur eine aus mehreren bestimmten Sachen versprochen worden, so hat in der Regel der Verpflichtete die Wahl, welche er geben wolle."
>
> C. civ. Art. 1190. „Le choix appartient au débiteur . . ." [1])
>
> Oestr. B.G.B. § 906. „Kann das Versprechen auf mehrere Arten erfüllet werden, so hat der Verpflichtete die Wahl."
>
> Sächs. B.G.B. § 697. „Ist der Verpflichtete verbunden, von mehreren Gegenständen den einen oder den anderen zu leisten, so steht ihm unter denselben die Wahl zu."

Das französische [2]) und sächsische Recht schließen sich insofern noch enger an die römischen Stipulationsgrundsätze an, als sie dem Gläubiger das Wahlrecht nur im Falle einer ausdrücklichen Vereinbarung geben:

> C. civ. Art. 1190 (Forts.) „s'il n'a pas été expressément accordé au créancier."
>
> Sächs. B.G.B. § 698. „Vermöge besonderer Bestimmung kann dem Berechtigten . . . die Wahl zustehen . . ."

Der oben zitierte § 274 (I, 5) des preußischen Landrechts

---

[1]) Vgl. auch C. c. It. Art. 1178; C. c. Port. Art. 733; C. c. Esp. Art. 1132.

[2]) desgl. C. c. It. Art. 1178; C. c. Esp. Art. 1132.

wird von Fischer[1]) und Dernburg[2]) so ausgelegt, daß der Schuldner nur „im Zweifel“ die Wahl haben soll, d. h. er soll wohl insbesondere auch dann nicht wählen dürfen, sondern dem Gläubiger weichen, wenn aus dem mutmaßlichen Willen der Parteien oder aus der Lage der Umstände erhellt, daß nur der Gläubiger, nicht auch der Schuldner, an der Ausübung der Wahl ein Interesse haben kann.

Von dem Grundsatze, daß in der Regel der Schuldner die Wahl hat, macht das preußische Landrecht eine wichtige Ausnahme beim alternativen Kauf (Preuß. L.R. I, 11, § 38), indem es hier dem Käufer das Wahlrecht gibt.[3])

Wie bei alternativen Vertragsobligationen, so geben auch bei alternativen Legaten die angeführten Gesetzbücher dem Erben, also dem Schuldner, im Gegensatz zum römischen Vindikationslegat, das Wahlrecht: vergl. Preuß. L.R. I, 12, §§ 388 ff., C. civ. Art. 1022, Oestr. B.G.B. § 656,[4]) Sächs. B.G.B. § 2493, C. c. It. Art. 874, C. c. Port. Art. 1829.

Spezielle Bestimmungen über den Verzug des Wahlberechtigten enthalten die angeführten Gesetzbücher nicht.[5])

Wodurch übt nun der Wahlberechtigte sein Wahlrecht aus? Hat er ein ius variandi?

Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch (§ 699) läßt die Wahl dann vollzogen sein, wenn sie vom Wahlberechtigten dem Gegner erklärt worden ist, und fügt hinzu: „Von der erklärten Wahl kann nicht einseitig abgegangen werden“ (§ 699 a. E.). Hier ist also das Prinzip der Verbalwahl anerkannt und das ius variandi verworfen. Denselben Standpunkt nahm bereits das österreichische bürgerliche Gesetzbuch (§ 906) ein.

---

[1]) Fischer, Lehrbuch des preußischen Privatrechts S. 308.

[2]) Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts II S. 62; vgl. auch Litten S. 53.

[3]) S. hierzu Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts II S. 62; Bernstein, Die alternative Obligation im römischen und im modernen Rechte, in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 400 f.; Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 87.

[4]) Vgl. hierzu Unger VI S. 319 Anm. 1.

[5]) Vgl. für das preuß. Landrecht Dernburg a. a. O. S. 63; für das französische Recht Demolombe XXVI S. 35 ff.

Hinsichtlich des preußischen Landrechts tritt die herrschende Meinung[1]) für Ausübung und Konsumtion des Wahlrechts durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Wahlberechtigten ein und verwirft demgemäß prinzipiell ein ius variandi. Fischer[2]) hebt jedoch mit Recht hervor, daß sich aus den Bestimmungen des preußischen Rechts besonderes Material darüber nicht entnehmen läßt, ob und in welchem Momente das Wahlrecht vor der wirklich erfolgten Leistung erlöschen könne.

Die französische Jurisprudenz[3]) hat sich indessen dem römischen Prinzip der Realwahl angeschlossen und läßt demgemäß ein Variationsrecht zu.

Im folgenden noch einige Bemerkungen darüber, wie sich die genannten Kodifikationen zu dem Einflusse von casus und culpa bei der Alternativobligation gestellt haben.

b) Der Einfluß von casus und culpa.

Bei kasuellem Untergang eines der beiden Leistungsobjekte tritt der eigentümliche Charakter hervor, den das preußische Landrecht der alternativen Obligation beigelegt hat: es betrachtet sie nämlich im Gegensatz zum römischen Recht als reine Wahlschuld und sieht in der Wahl ein essentiale der Obligation.[4]) Von diesem Standpunkte aus gibt das preußische Recht (I, 11, §§ 33 ff.) dem Wahlberechtigten ein Rücktrittsrecht,[5]) wenn die eine der beiden Leistungen zufällig untergeht und so die Wahl vereitelt wird, läßt also eine Konzentration auf das noch vorhandene Objekt nicht eintreten.

Dagegen bewirkt nach C. civ. Art. 1193 Abs. 1, wiederum im

---

[1]) Dernburg a. a. O. S. 63; Förster-Eccius I S. 382 Anm. 19; vgl. Litten S. 53.

[2]) Fischer a. a. O. S. 309.

[3]) Vgl. Demolombe XXVI S. 42, 44 und die dort zitierten französischen Juristen.

[4]) S. hierüber Dernburg a. a. O. S. 61 ff.; Bernstein, Die alternative Obligation im römischen und im modernen Rechte S. 417 f.

[5]) Ausdrücklich allerdings nur beim alternativen Kaufe. Die herrschende Meinung läßt das Rücktrittsrecht allgemein bei allen alternativen Obligationen zu, vgl. Dernburg a. a. O. S. 62 a. E; Litten S. 51; Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 90.

Anschlusse an das römische Recht, der kasuelle Untergang der einen Leistung unter Ausschluß der oblatio aestimationis die Konzentration auf die andere.[1]) Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch läßt gleichfalls Konzentration eintreten, gestattet aber dem Schuldner, den Wert der zufällig untergegangenen Sache zu leisten (§ 1012).

Eine zwischen dem preußischen Landrecht einerseits und dem römisch-französisch-sächsischen Recht andererseits vermittelnde Stellung nimmt das österreichische bürgerliche Gesetzbuch ein, indem es in § 907 die Wahl teils als essentiale, teils nicht als essentiale negotii betrachtet.

Hinsichtlich des durch culpa des Schuldners oder des Gläubigers herbeigeführten Unterganges der einen Leistung haben sich das französische[2]) und sächsische Recht (C. civ. Art. 1193 f., sächs. B.G.B. §§ 722 ff.) dem römischen mehr oder weniger eng angeschlossen. Das preußische Landrecht (I, 11, §§ 33 ff.) gibt dagegen auch hier, gemäß seiner Auffassung der alternativen Obligation als einer reinen Wahlschuld, dem Wahlberechtigten ein Rücktrittsrecht, sofern er nicht selbst den Untergang der Leistung verschuldet hatte. Das Gleiche ist für das österreichische bürgerliche Gesetzbuch anzunehmen, soweit hier die Wahl ein essentiale negotii darstellt.

Aus obigen Darlegungen ergibt sich, daß sich das französische Recht nebst den ihm nachgebildeten Kodifikationen, sowie das sächsische bürgerliche Gesetzbuch am engsten an das römische Recht angeschlossen haben, während sich von letzterem das preußische Landrecht am weitesten entfernt hat; eine Mittelstellung nimmt das österreichische bürgerliche Gesetzbuch ein.[3])

Auf welchen Standpunkt hat sich nun unser Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch gestellt? Eine kurze Charakteristik der verschiedenen Entwürfe leite die Beantwortung dieser Frage ein.

---

[1]) Dem französischen Recht folgt das italienische (C. c. It. Art. 1180) und portugiesische (C. c. Port. Art. 734).

[2]) Vgl. auch C. c. It. Art. 1181 ff.; C. c. Port. Art. 734 ff.; C. c. Esp. Art. 1136.

[3]) Vgl. Bernstein a. a. O.

§ 9.

IV. Die Stellung der Entwürfe des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches.

a) Die Vorlagen der Redaktoren.

Der für das Recht der Schuldverhältnisse gewählte Redaktor v. Kübel, dessen Tätigkeit der Tod ein vorzeitiges Ziel setzte, hat die Alternativobligation sehr ausführlich und kasuistisch in vierzehn zum Teil recht langen Paragraphen behandelt, die an Stelle der betreffenden Bestimmungen des Dresdener Entwurfes getreten sind (Dresdener Entwurf von 1862, Art. 7—11, 275, 276, 279—282, 393). Der Abschnitt über die alternative Obligation bildet, nach einem einleitenden Paragraphen über das Wesen der Obligation, den Anfang des v. Kübelschen Entwurfes für den allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse. Eine zehn Druckseiten lange Begründung ist den vierzehn Paragraphen beigefügt.

Hinsichtlich des Begriffes der alternativen Obligation schloß sich v. Kübel im § 1 (vergl. hierzu die Begründung S. 1) der herrschenden gemeinrechtlichen Ansicht, d. h. der Perfektions- (resolutiven Pendenz-) und der Einheitstheorie an. Das Wahlrecht sollte dem Schuldner zustehen, „wenn durch Gesetz oder Parteiwillen nicht etwas anderes bestimmt ist“ (§ 1). Den Ausdruck „Parteiwillen“ wählte v. Kübel mit Absicht, um anzudeuten, daß dem Gläubiger sowohl ausdrücklich wie stillschweigend das Wahlrecht eingeräumt sein könne (vergl. seine Begründung S. 4). Von der herrschenden gemeinrechtlichen Anschauung dagegen abweichend, warf er das Prinzip der Realwahl samt dem ius variandi über Bord und setzte an seine Stelle die Ausübung der Wahl durch unwiderrufliche Erklärung des Wahlberechtigten (§§ 2, 4).

„Der gegenwärtige Entwurf,“ sagt v. Kübel auf S. 3 seiner Begründung, „folgt der modernen Auffassung, wonach bei allen alternativen Obligationen die Alternative stets als lediglich im Interesse des Wahlberechtigten gesetzt gilt, so daß er durch einseitige Erklärung sich bindet und die Obligation auf das gewählte Objekt konzentriert.“

Daß auch die Bewirkung oder Annahme der ganzen Leistung oder eines Teils derselben eine stillschweigende Wahl-

erklärung enthalte, hob v. Kübel in § 3 noch besonders hervor. Das Wahlrecht selbst sollte durch bloßen Verzug noch nicht verloren gehen (§ 5 und dazu Begründung S. 6).

Den Einfluß von casus und culpa behandelte v. Kübel sehr ausführlich (§§ 7—13), im wesentlichen in römisch-gemeinrechtlichem Sinne, d. h. unter grundsätzlicher Durchführung des Konzentrationsprinzipes, jedoch durchweg mit Ausschluß der oblatio aestimationis, und endlich wiederholte er in § 14 den römischen Satz, daß die alternative Obligation durch das einem Dritten eingeräumte Wahlrecht zu einer bedingten werde.

Für das alternative Vermächtnis hatte der Redaktor des Erbrechts, v. Schmitt, mehrere detaillierte Paragraphen (§§ 116 ff. und dazu seine Begründung S. 273 ff.) vorgesehen. Gemäß diesen Bestimmungen sollte, da das römische Vindikationslegat von vornherein fallen gelassen worden war, im Gegensatz zu diesem und im Anschluß an das moderne Recht (s. o. S. 36) der Beschwerte wählen dürfen, ohne jedoch (vgl. v. Kübel) ein ius variandi zu haben. Der Beschwerte sollte auch an Stelle eines wahlberechtigten Dritten die Wahl treffen, wenn dieser nicht wählen könne oder wählen wolle; die Wahl des Dritten sollte also hier nicht Bedingung sein.

b) Der Entwurf erster Lesung.

Die Kommission für die erste Lesung beriet die Vorlagen der Redaktoren, und alsbald versuchte man, bei der alternativen Obligation angelangt, an die Stelle der vorgeschlagenen unwiderruflichen Verbalwahl das ius variandi und die Realwahl zu setzen. Zwei Anträge[1]) zielten darauf ab: der eine folgte ganz der Windscheidschen Ansicht (s. o. S. 32), befürwortete also das ius variandi mit eventueller Pflicht zur Leistung des negativen Interesses und das Prinzip der Realwahl; der andere Antrag wollte wenigstens für den Fall, daß der Schuldner wahlberechtigt sei, das Variationsrecht, jedoch ohne diese Pflicht zur Interesse-Leistung, wieder eingeführt wissen.

Die Kommission nahm indessen unter Verwerfung beider

---

[1]) Vgl. Protokolle der Kommission für die erste Lesung Bd. I S. 474 f.

Anträge das von den Redaktoren vorgeschlagene Prinzip der unwiderruflichen Verbalwahl an. In den Protokollen der ersten Lesung heißt es an jener Stelle (Bd. I, S. 476): Es werde „nur eine Regel aufgestellt, welche nicht ausschließe, daß . . . im konkreten Falle eine abweichende Bestimmung durch Rechtsgeschäft erfolge. Als Regel empfehle sich aber diejenige Bestimmung, welche am meisten geeignet sei, die Beschleunigung der Vereinfachung der Obligation zu fördern, damit tunlichst bald Klarheit in das Schuldverhältnis gebracht werde, welche ferner nach den Erfahrungen des Lebens in den meisten Fällen, sofern nicht ein anderes bestimmt werde, der Intention der Parteien entspreche. . . .“

Damit war das ius variandi zu Grabe getragen. Die späteren Beratungen und die öffentliche Kritik haben, der Vergeblichkeit eines solchen Beginnens von vornherein sich bewußt, es nicht mehr ins Leben zurückzurufen versucht.

Auch die übrigen von v. Kübel ausgearbeiteten Paragraphen (§§ 1, 3, 5—14) fanden inhaltlich die Anerkennung der Kommissionsmehrheit, indessen entschloß man sich zur Streichung der §§ 8—13 über den Einfluß insbesondere der culpa, „weil die allgemeinen Grundsätze zu ihrer Erledigung genügten . . . und diese Spezialbestimmungen unverkennbar kasuistischer Natur seien.“ [1]) Demgemäß wurden die genannten Paragraphen durch eine einzige Bestimmung ersetzt, die lediglich auf die „allgemeinen Vorschriften über das Verschulden“ verweist (im endgültigen Entwurf erster Lesung § 265 Abs. 2 a. E.).

Die von v. Schmitt vorgeschlagenen Bestimmungen über das alternative Vermächtnis wurden im wesentlichen von der Kommission gebilligt,[2]) jedoch in einen einzigen Paragraphen (§ 1862 des soeben genannten Entwurfes) zusammengezogen.

Der gemäß diesen Beschlüssen festgestellte Entwurf erster Lesung zeigt folgendes Bild: er behandelt in den §§ 207 bis 212 die alternative Vertragsobligation,[3]) im § 1862 das alternative Vermächtnis;[4]) er steht unter Anerkennung der Einheit der Obli-

---

[1]) Vgl. Protokolle der Kommission für die erste Lesung Bd. I S. 487 f.

[2]) Vgl. Protokolle der Kommission für die erste Lesung Bd. X S. 9452 f.

[3]) Vgl. hierzu „Motive“ Bd. II S. 6 ff.

[4]) Vgl. hierzu „Motive“ Bd. V S. 170 ff.

gation auf dem Boden der Perfektionstheorie (resolutiven Pendenztheorie, § 207), gibt, „wenn nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein anderes bestimmt ist," dem Schuldner das Wahlrecht (§ 207), billigt das Prinzip der unwiderruflichen Verbalwahl, die stillschweigend auch durch Bewirkung der Leistung oder eines Teils derselben zum Ausdruck kommen kann (§§ 208, 209), und läßt das Wahlrecht durch bloßen Verzug noch nicht verloren gehen (§ 210); der Entwurf ordnet ferner bei Untergang einer Leistung prinzipiell Konzentration auf die übrigen an, hinsichtlich der culpa auf die allgemeinen Grundsätze verweisend (§ 211), und erklärt endlich bei Wahlrecht eines Dritten die alternative Vertragsobligation, nicht jedoch unter gleicher Voraussetzung das Wahlvermächtnis, für ein bedingtes Schuldverhältnis (§ 212 im Gegensatz zu § 1862).

c) Die folgenden Entwürfe bis auf das Bürgerliche Gesetzbuch selbst.

Die Kommission für die zweite Lesung entschloß sich zu folgenden hauptsächlichen Aenderungen:[1])

Auf Anregung Westrums[2]) wurde der § 207 ersten Entwurfs wie folgt formuliert: „ . . . so steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu", womit noch ausdrücklich ausgesprochen werden sollte, daß infolge einer aus den Umständen des Falls zu folgernden, jedoch nicht bestimmt ausgesprochenen Absicht der Parteien der Schuldner von der Wahl ausgeschlossen und diese stillschweigend dem Gläubiger eingeräumt sein könne.[3])

Ferner wurde auf Vorschlag Seufferts[4]) der § 208 Abs. 2 ersten Entwurfs, der von der Ausübung des Wahlrechts durch

---

[1]) Vgl. hierzu die amtliche Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. II S. 10—12, Bd. VI Nachträge S. 246.

[2]) Westrum S. 234; vgl. hierzu Protokolle der Kommission für die zweite Lesung Bd. I S. 281 f.

[3]) Westrum a. a. O.

[4]) Seuffert S. 7; vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung Bd. I S. 282. — Eine andere auf Anregung Seufferts erfolgte Aenderung wurde bereits oben S. 6 erwähnt.

die Bewirkung der Leistung selbst handelte, als entbehrlich gestrichen, weil durch diese selbstverständliche Bestimmung ein einzelner Fall stillschweigender Wahlerklärung nur noch besonders hervorgehoben werde. Gestrichen wurde ferner der § 212 des Entwurfs erster Lesung über das Wahlrecht des Dritten, weil er neben den §§ 355—357 ersten Entwurfs, §§ 268—270 des Teilentwurfs und §§ 311—313 des Schlußentwurfs zweiter Lesung über die Bestimmung der Leistung durch einen Dritten entbehrlich erschien.[1])

Einer prinzipiellen Aenderung wurde der von der Unmöglichkeit einer der beiden Leistungen handelnde § 211 Abs. 1 ersten Entwurfs unterzogen, indem die Konzentration bei Verschulden des nicht wahlberechtigten Teils in Rücksicht auf die Verschlechterung der Lage des Wahlberechtigten ausgeschlossen wurde (§ 222 Satz 2 Teilentwurfs, § 259 Satz 2 Schlußentwurfs zweiter Lesung).[2])

Endlich wurde der § 211 Abs. 2 ersten Entwurfs, der jenen Hinweis auf die allgemeinen Vorschriften über das Verschulden enthielt, als überflüssig weggelassen.

Der § 1862 des Entwurfs erster Lesung, das Wahlvermächtnis betreffend, fand grundsätzlich die Billigung der Kommission[3]) (§ 2025 Teilentwurfs, § 2130 Schlußentwurfs zweiter Lesung).

Der fertig gestellte Teilentwurf zweiter Lesung zeigt in seinen §§ 219—222, 2025 infolge der Abänderungen gegenüber dem Entwurf erster Lesung schon fast genau dasselbe Aussehen wie das Bürgerliche Gesetzbuch in den entsprechenden Paragraphen, in Abweichung von letzterem nur noch die selbstverständliche, an das ius variandi erinnernde Bestimmung enthaltend, daß die getroffene Wahl unwiderruflich sei.

Mit dem Bürgerlichen Gesetzbuche stimmt der von der Kommission endgültig festgestellte Schlußentwurf zweiter Lesung

---

[1]) Vgl. hierüber die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung Bd. I S. 285.

[2]) Vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung Bd. I S. 283.

[3]) Vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung Bd. V S. 193 ff. und die dort gestellten Anträge.

(Bundesratsvorlage) in den §§ 256—259, 2130 mit Ausnahme eines sprachlichen Unterschiedes in § 258 Abs. 1 Satz 2, die Reichstagsvorlage[1]) in den §§ 255—258, 2128 wiederum mit Ausnahme jenes sprachlichen Unterschiedes, der aber hier in § 257 Abs. 1 Satz 2 in anderer Form auftritt — man hat hier mehrfach korrigiert — völlig überein. Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst endlich behandelt die alternative Obligation in den §§ 262—265, das alternative Vermächtnis in § 2154.

Die Darstellung der historischen Entwickelung ist hiermit beendet. Die Abhandlung wendet sich dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche selbst zu.

[1]) Die „Denkschrift" tut auf S. 62 der alternativen Obligation nur einmal kurz Erwähnung.

C. Dogmatischer Teil.

Es ist von vornherein hervorzuheben, daß die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die alternative Obligation, ebenso wie insbesondere jene des gemeinen Rechts, durchaus dispositiver Natur sind. Den Parteien ist es freigestellt, Ausnahmen von der gesetzlichen Regelung zu vereinbaren, Ausnahmen, die besonders bei der normalen Ursache der Konzentration, der Wahl, die im folgenden zunächst behandelt werden soll, häufig sich werden beobachten lassen.[1])

I. Konzentration durch die Wahl.

Einige Bemerkungen allgemeinerer Natur über die Bedeutung des Wahlmoments für die alternative Obligation, die Begriffe „Wahlrecht" und „Wahlpflicht" und die Uebertragbarkeit des Wahlrechts seien an dieser Stelle vorangeschickt.

§ 10.

a) Die Wahl im allgemeinen.[2])

1. Die Bedeutung des Wahlmoments für die alternative Obligation.

Die Wahl nimmt in jenem Schuldverhältnisse, das man neuerdings mit „Wahlschuld" bezeichnet, eine eigentümliche Stellung ein.

Sieht man sich die oben S. 5 gegebene Definition dieses Schuldverhältnisses, die doch eine Begriffsbestimmung der Wahl-

[1]) Die Parteien können z. B. an Stelle der einseitigen Wahlerklärung den Vertrag, oder an Stelle der unwiderruflichen Verbalwahl die Realwahl und das ius variandi setzen, die Wahl selbst zur Bedingung erheben und so ein bedingtes Schuldverhältnis schaffen usw.

[2]) Ueber den Begriff der Wahl s. o. Einleitung S. 7f.

schuld darstellen soll, näher an, so muß eins auffallen: sie entbehrt jeglichen Hinweises auf das Wahlmoment, und zwar mit Recht; denn das Schuldverhältnis, dem man jetzt den Namen „Wahlschuld“ — eine Bezeichnung, die sich ebensowenig wie der Ausdruck „Wahlvermächtnis“ im Bürgerlichen Gesetzbuche selbst findet — beigelegt hat, ist keine reine Wahlschuld. Eine wahre Wahlschuld war es im preußischen Landrecht (s. o. S. 37); hier war die Wahl ein essentiale negotii, dergestalt, daß ihre Vereitelung oder Einschränkung für den Wahlberechtigten prinzipiell das Recht begründete, vom Vertrage zurückzutreten; hier stand und fiel die Obligation mit der Wahl. Wie ist es aber nach Bürgerlichem Gesetzbuche?

Nach § 265 Satz 1 B.G.B. — ein Paragraph, der unten noch näher zu erörtern ist — beschränkt sich prinzipiell das Schuldverhältnis, wenn eine der geschuldeten Leistungen von Anfang an unmöglich ist oder später unmöglich wird, auf die übrigen Leistungen. Die Tatsache also, daß bei von vornherein vorhandener Unmöglichkeit einer von zwei Leistungen eine Möglichkeit, zu wählen, überhaupt niemals bestand, hindert das Zustandekommen der Obligation bezüglich der anderen Leistung nicht, und die später erfolgende Vereitelung der Wahl wirkt nur beschränkend, nicht zerstörend auf die Obligation: Die Wahl ist also kein wesentliches Moment derselben. Und dennoch nennt man dieses Schuldverhältnis „Wahlschuld“! Das dankenswerte Streben, an Stelle des fremdsprachlichen und auch nicht ganz zutreffenden Ausdrucks „alternative Obligation“ (s. o. S. 8) einen passenden deutschen zu setzen, hat hier zu einer Ungenauigkeit geführt, die indessen nicht allzuschwer ins Gewicht fällt, da ja in der Tat der Name „Wahlschuld“ den eigentlichen Kernpunkt jenes Schuldverhältnisses, für das man eine technische Bezeichnung suchte, richtig trifft. Man wird daher den Ausdruck „Wahlschuld“ neben „obligatio alternativa“ unbedenklich verwenden können.

Die Wahl ist also zwar kein essentiale negotii unserer heutigen Wahlschuld, aber das wichtigste Mittel für ihre Konzentration; hierin liegt die unbestreitbare Bedeutung der Wahl.[1] So sehr

[1] Dies verkennt m. E. Pescatore, der die Bedeutung der Wahl völlig unterschätzt (Wahlschuldverhältnisse S. 167 ff.).

also vor einem Ueberschätzen der letzteren zu warnen ist, so unrichtig ist es andererseits, ihr gar keine Bedeutung beilegen zu wollen.

2. Wahlrecht und Wahlpflicht.

Die Wahl ist ein Mittel der Konzentration. Der Wahlerklärung ist von der Rechtsordnung die Wirkung beigelegt, daß die ausgewählte Leistung nunmehr allein zu bewirken ist. Wer wählt, nimmt also eine Handlung vor, deren Erfolg ihm das Gesetz garantiert. Der Wählende befindet sich also, wie bereits in der Einleitung (o. S. 7) hervorgehoben, auf Grund der ihm vom Gesetz gewährten Möglichkeit eines rechtlich so erheblichen Handelns in Ausübung eines wirklichen Wahlrechts.[1])

Wenn nun auch die Möglichkeit der Wahl kein wesentliches Moment der Wahlschuld bildet, so kann es doch nur so lange, als die Möglichkeit, zu wählen, vorhanden ist, ein Wahlrecht geben. Ist die Wahl von vornherein unmöglich gewesen, so hat auch nie ein solches Wahlrecht bestanden; wird sie später vereitelt, so geht in diesem Augenblicke auch das Wahlrecht unter. Dies ändert aber daran nichts, daß das bestehende Wahlrecht ein Recht ist.[2]) Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst spricht in den §§ 262 bis 265, 2154 wiederholt von einem „Wahlrecht" und erkennt damit die Existenz eines solchen ausdrücklich an.

Eine „Wahlpflicht" dagegen gibt es nicht.[3]) Das Gesetz zwingt den Wahlberechtigten nicht, die Wahl vorzunehmen, aber es sorgt in anderer Weise für das Interesse des Nichtwahlberechtigten, indem es mittelbar diesen selbst gegenüber dem säumigen Wahlberechtigten die Initiative zur Herbeiführung der Entscheidung ergreifen läßt.[4]) Genauer ist hierüber unten (§ 14) bei der Lehre von dem Verzuge zu handeln.

---

[1]) Vgl. Leo S. 9; Litten S. 126.

[2]) Die völlige Unterschätzung der Bedeutung der Wahl führt Pescatore (a. a. O. S. 169 f.) zur Negation des Wahlrechts überhaupt — trotz der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuches.

[3]) Hierin stimme ich mit Pescatore (a. a. O. S. 170 f.) überein.

[4]) Vgl. § 264 B.G.B. Der Wortlaut dieses Paragraphen berechtigt nicht zur Annahme einer Wahlpflicht, wie Litten (S. 127) meint. Es ist dort lediglich ein praktisches Mittel für den Fall des Verzugs gegeben, ohne daß damit eine Wahlpflicht anerkannt wäre.

3. Die Uebertragbarkeit des Wahlrechts.

Das Wahlrecht ist unpersönlicher Natur. Mit der Obligation eng verknüpft, eine „Qualität“[1]) derselben, geht es auf den Rechtsnachfolger des Wahlberechtigten über. Andererseits kann es aber auch nur seiner Ausübung nach übertragen werden: der Wahlberechtigte betraut z. B. einen Stellvertreter mit der Vornahme der Wahl. Durch eine derartige Uebertragung, die auf den Bestand des Schuldverhältnisses selbst ohne Einfluß ist, begibt sich der Wahlberechtigte seines Wahlrechts selbst nicht; nimmt also der bestellte Vertreter die Wahl nicht vor, so kann — anders als wenn durch Vereinbarung der Parteien einem Dritten das Wahlrecht eingeräumt ist — der Wahlberechtigte selber wählen.[2])

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen zu den speziellen Fragen: wer ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche wahlberechtigt? und wie wird das Wahlrecht ausgeübt?

§ 11.

b) Die Person des Wahlberechtigten.

In der Regel wird eine der Parteien selbst das Wahlrecht haben.

1. Das Wahlrecht des Schuldners und des Gläubigers.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in § 262:

> „Werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist, so steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu.“

Diese Vorschrift findet auch bei Wahlvermächtnissen Anwendung (§ 2154 B.G.B.).

Während der erste Entwurf sich auf den Standpunkt des römischen Rechts stellte mit der dispositiven Vorschrift „so steht das Wahlrecht dem Schuldner zu, wenn nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein anderes bestimmt ist“, wurde von der zweiten

---

[1]) Ausdruck der „Motive“ II S. 6.

[2]) Vgl. hierzu Schollmeyer, Anmerkung zu § 262 B.G.B. gegen Ende.

Kommission die obige zum Gesetz erhobene Fassung gewählt, also statt der dispositiven Bestimmung eine Auslegungsvorschrift gesetzt. Dieses „im Zweifel" — ein vom Bürgerlichen Gesetzbuch oft gebrauchter Ausdruck — hat aber hier folgende Bedeutung: Es besteht entweder Gewißheit oder Ungewißheit über die Person des Wahlberechtigten: erstens, wenn entweder Gesetz oder Privatwillenserklärung die Person des Wahlberechtigten in unzweideutiger Weise festsetzt; letzteres, wenn eine Bestimmung entweder fehlt oder ihr Sinn unklar ist. Bei solcher Ungewißheit steht dem Schuldner das Wahlrecht zu, es müßte denn nach den Umständen des konkreten Falles unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte das Gegenteil als gewollt sich ergeben.

Während die herrschende Ansicht[1]) diesen Charakter des § 262 als einer Auslegungsregel anerkennt, halten Stammler[2]) und Cosack[3]) die Vorschrift für eine dispositive. Nach den obigen Ausführungen darf dies als unrichtig bezeichnet werden.

Die Vorschrift des § 262 gilt auch da, wo bei einem gegenseitigen Vertrage die beiderseitigen Leistungen alternativ bestimmt sind. Man denke z. B. an einen alternativen Tausch: A und B vereinbaren, daß A dem B entweder Meyers oder Brockhaus' Konversationslexikon, B dem A entweder ein Oelgemälde oder einen Kupferstich geben soll. Hier kann jeder der beiden Schuldner wählen, was er dem anderen geben will. Gegen die abweichende Ansicht von Planck[4]) spricht, wie auch Marcus[5]) richtig hervorhebt, die allgemeine Fassung: „Werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist, so steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu." Da-

---

[1]) Vgl. Planck, Anm. 2 zu § 262 B.G.B.; Oertmann, Anm. 2 zu § 262 B.G.B.; Mayring, Anm. 2 zu § 262 B.G.B.; Leuchtenberger S. 11; Wagner S. 23 u. a.; Litten (S. 132 Anm. 6) läßt die Frage unentschieden.

[2]) Stammler S. 81 Nr. 3 in Verbindung mit S. 78 lit. e. — Ihm schließt sich Albers S. 25 an. Vgl. auch Pescatore, Wahlschuldverhältnisse Seite 165.

[3]) Cosack I S. 292 lit. a.

[4]) Planck, Anm. 2 zu § 262 B.G.B.

[5]) Marcus S. 13. Gegen Planck auch Litten S. 131.

mit sind alle Fälle getroffen, in denen überhaupt Leistungen alternativ geschuldet werden.[1])

Die Bestimmung des preußischen Landrechts (A.L.R. I, 11, § 38), daß, entgegen der allgemeinen Regel, beim alternativen Kaufe der Käufer stets wahlberechtigt sein solle, ist in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht übergegangen. Die „Motive“ [2]) bemerken hierzu, für eine solche Ausnahme bestehe kein Bedürfnis. Tatsächlich ist auch eine derartige exzeptionelle Bestimmung überflüssig; denn in allen Fällen, in denen der Käufer mit der zu erwerbenden Sache ein persönliches Bedürfnis befriedigen will, weist ihm die Verkehrssitte auch von selbst das Wahlrecht zu,[3]) und nur für diese Fälle, die allerdings die Regel bilden, wäre doch jene Ausnahmevorschrift gerechtfertigt.

2. Das Wahlrecht des Dritten.

Das Wahlrecht kann auch einem Dritten eingeräumt sein; dieser Fall unterliegt einer verschiedenen Beurteilung, je nachdem es sich um vertragsmäßige Wahlschulden oder um Wahlvermächtnisse handelt.

a) Das Wahlrecht des Dritten bei alternativen Vertragsobligationen.

Die vom ersten Entwurf für den Fall der Wahlberechtigung eines Dritten bei vertragsmäßigen Alternativobligationen aufgestellte besondere Bestimmung (§ 212) ist von der zweiten Kommission gestrichen worden. Es müssen daher hier die allgemeinen Vorschriften über die Bestimmung der Leistung durch einen Dritten (§§ 317—319 B.G.B.) Platz greifen. Insbesondere kommen in Betracht:

> § 317 Abs. 1. „Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie nach billigem Ermessen zu treffen ist.“

[1]) Vgl. auch Schollmeyer, Anm. zu § 262 B.G.B. Abs. 2; Fischer-Henle, Anm. 3 zu § 262 B.G.B.

[2]) „Motive“ II S. 6.

[3]) Vgl. Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 166f.

§ 319. „Soll der Dritte die Leistung nach billigem Ermessen bestimmen, so ist die getroffene Bestimmung für die Vertragsschließenden nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. Die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil; das gleiche gilt, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert.

Soll der Dritte die Bestimmung nach freiem Belieben treffen, so ist der Vertrag unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert."

Die Parteien können vereinbaren, daß der Dritte die Wahl entweder nach billigem Ermessen, oder daß er sie nach freiem Belieben treffen soll. Die Annahme Schollmeyers,[1]) daß bei Wahlschulden der Dritte gewöhnlich nach freiem Belieben solle wählen können, erscheint unbegründet; vielmehr werden gerade die Parteien häufig, falls sie einem Dritten die Wahl, wenn auch unter mehreren von vornherein bestimmten Leistungen, überlassen, da diese doch immerhin sehr verschieden sein können, ihm billiges Ermessen zur Pflicht machen.[2])

Je nachdem bei der Wahl billiges Ermessen, für das nach § 317 Abs. 1 die Vermutung spricht, oder freies Belieben obwalten soll, gestaltet sich die Sachlage verschieden.

Billiges Ermessen (arbitrium boni viri) bedeutet einen objektiven Maßstab. Nach billigem Ermessen kann nicht nur der von den Parteien zufällig gerade bestimmte Dritte, sondern jeder „bonus vir", jeder rechtlich denkende Mensch wählen. Eine Wahlschuld, bei der ein Dritter nach billigem Ermessen wählen soll, als durch die Bestimmung dieses Dritten bedingt anzusehen, wäre daher falsch und entspräche nicht dem Willen der Parteien. In diesem Sinne entscheidet auch das Gesetz, indem es bei Versagen des Dritten Vornahme der Wahl durch den Richter anordnet (§ 319 Abs. 1 a. E. B.G.B.). Der Richter wählt auch dann, wenn der Dritte bei Ausübung seines Wahlrechts eine „offenbar

[1]) Schollmeyer, Anm. zu § 262 B.G.B. Abs. 1 a. E.

[2]) Gegen Schollmeyer auch Litten S. 86 Anm. 6 und Albers S. 61 Anmerkung 91.

unbillige“ Bestimmung[1]) getroffen hat, an welche die Parteien nicht gebunden sind (§ 319 Abs. 1 B.G.B.). Ob die getroffene Wahl offenbar unbillig ist oder nicht, ist nach den Umständen des konkreten Falls zu entscheiden. Jedenfalls muß der Richter, sei es von vornherein, sei es erst infolge der Beweisführung der die Unbilligkeit behauptenden Partei, überzeugt sein, daß die Bestimmung zweifellos der Billigkeit widerspricht.[2])

Anders verhält es sich, wenn der Dritte nach freiem Belieben wählen soll. Ueberlassen es die Parteien dem Dritten, sich nach freiem Belieben zu entscheiden, so geben sie ihm damit einen Beweis des ganz besonderen Vertrauens, das sie zu ihm haben, eines Vertrauens, das sie eben nur ihm und keinem anderen entgegenbringen. An die Stelle eines solchen Dritten kann daher keine andere Person, auch nicht der Richter, treten. Der Vertrag ist in diesem Falle also unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen, daß der Dritte wählt; tut er dies nicht, so wird nach § 319 Abs. 2 B.G.B., dem Willen der Parteien entsprechend, der Vertrag unwirksam. Da hier also die Wahl zur Bedingung erhoben ist, handelt es sich nicht um eine Wahlschuld im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, sondern um ein bedingtes Schuldverhältnis.

β) Das Wahlrecht des Dritten bei alternativen Vermächtnissen.

Für alternative Vermächtnisse, bei denen der Erblasser die Wahl einem Dritten übertragen hat, bestimmt § 2154 Abs. 2 B.G.B.:

> „Kann der Dritte die Wahl nicht treffen, so geht das Wahlrecht auf den Beschwerten über. Die Vorschrift des § 2151 Abs. 3 Satz 2 findet entsprechende Anwendung.“

> § 2151 Abs. 3 Satz 2: „Das Gleiche gilt, wenn das Nachlaßgericht dem Beschwerten oder dem Dritten auf Antrag eines der Beteiligten eine Frist zur Abgabe der

---

[1]) Vgl. Dig. 17, 2, 79 (Paulus). Si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei.

[2]) Vgl. Planck, Anm. 1 zu § 319 B.G.B.; Oertmann, Anm. 2 zu § 319 B.G.B.; Albers S. 67.

Erklärung bestimmt hat und die Frist verstrichen ist, sofern nicht vorher die Erklärung erfolgt."

Die Sachlage gestaltet sich also folgendermaßen: Es ist zu unterscheiden, ob der Dritte nicht wählen kann, oder ob er nicht wählen will. Bei Nichtkönnen des Dritten geht das Wahlrecht sofort auf den Beschwerten über, der dann sogleich wählen kann. Bei Nichtwollen des Dritten hat das Nachlaßgericht auf Antrag des Bedachten oder des Beschwerten dem Dritten eine Frist zur Vornahme der Wahl zu setzen; wählt der Dritte, der gegen diese Fristbestimmung unter Einhaltung einer Notfrist von zwei Wochen die sofortige Beschwerde gemäß §§ 80, 22 Abs. 1 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit einlegen kann, innerhalb der festgesetzten Zeit nicht, so erhält nach Ablauf der Frist der Beschwerte das Wahlrecht.

Das Ergebnis ist, daß ein Wahlvermächtnis, bei welchem nach Bestimmung des Erblassers ein Dritter wählen soll, immer ein unbedingtes Schuldverhältnis darstellt, da das Legat bei Versagen des Dritten nicht hinfällig ist, sondern der Beschwerte an seine Stelle tritt. Das Wahlvermächtnis mit Wahlrecht eines Dritten ist also vom Bürgerlichen Gesetzbuche ähnlich behandelt wie eine vertragsmäßige Wahlschuld, bei der ein Dritter nach billigem Ermessen die Wahl treffen soll (s. o. S. 51): beide Schuldverhältnisse sind unbedingt, nur daß hier der Richter, dort der Beschwerte den Platz des versagenden Dritten einnimmt. Daß der Bedachte, wenn auch der Dritte nicht wählt, stets einen der vermachten Gegenstände wirklich erhält, dürfte durchaus dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entsprechen.

§ 12.

c) Die Ausübung des Wahlrechts durch Erklärung des Wahlberechtigten. Form der Erklärung.

In § 263 Abs. 1 B.G.B. heißt es: „Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile."

Ist ein Dritter wahlberechtigt, so findet für vertragsmäßige Wahlschulden § 318 Abs. 1 B.G.B. entsprechende Anwendung,

während für Wahlvermächtnisse § 2154 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. das nähere bestimmt:

> § 318 Abs. 1: „Die einem Dritten überlassene Bestimmung der Leistung erfolgt durch Erklärung gegenüber einem der Vertragschließenden.“
>
> § 2154 Abs. 1 Satz 2: „Ist . . . die Wahl einem Dritten übertragen, so erfolgt sie durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten.“

Die Wahlerklärung hat also der wahlberechtigte Schuldner gegenüber dem Gläubiger, der wahlberechtigte Gläubiger gegenüber dem Schuldner, der wahlberechtigte Dritte gegenüber dem Schuldner oder Gläubiger, beim alternativen Vermächtnis nur gegenüber dem Beschwerten abzugeben. Ist die Erklärung erfolgt, so ist damit die Konzentration des Schuldverhältnisses auf die gewählte Leistung eingetreten.

Die Wahlerklärung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend abgegeben werden. Abgesehen von der gerichtlichen Geltendmachung, insbesondere durch Erhebung der Erfüllungs- oder Feststellungsklage seitens des wahlberechtigten Gläubigers, enthält auch die Bewirkung der ganzen Leistung oder eines Teils derselben durch den wahlberechtigten Schuldner, sowie die Annahme der Leistung oder Teilleistung seitens des wahlberechtigten Gläubigers eine Wahlerklärung (vergl. die entsprechende Bestimmung § 208 Abs. 2 des Entwurfs erster Lesung).

Es sei an dieser Stelle auf eine neuerdings sich anscheinend seltener findende falsche Auffassung[1]) hingewiesen, die häufig auch in einer nicht ganz korrekten Ausdrucksweise ihren Grund haben mag. Es ist nämlich durchaus unrichtig, von einer Konzentration des Schuldverhältnisses durch die tatsächlich bewirkte Leistung zu sprechen; denn nicht die Erbringung der Leistung an sich enthält das beschränkende Moment, sondern es liegt auch hier in der Wahl-

---

[1]) Verfasser traf zuerst bei Windscheid (II S. 25: „Eine solche Konzentration tritt ein 1. durch wirklich vollzogene Leistung . . .“) auf diese unrichtige Auffassung. Auch Stammler S. 136 erklärt sich gegen sie.

erklärung eingeschlossen, die hier nur zufällig in der Bewirkung bzw. Annahme der Leistung zum Ausdrucke kommt. Richtigerweise muß man also von einer Konzentration durch die in der Bewirkung oder Annahme der Leistung eingeschlossene Wahlerklärung sprechen. Jene falsche Ausdrucksweise mag vielleicht dadurch entstanden sein, daß im römischen und gemeinen Recht das Prinzip der Realwahl galt und man hierbei stets nur die „Leistung" selbst ins Auge faßte, so daß man schließlich schlechthin von einer „Konzentration durch die Leistung" sprach.

Die vorstehend gegebene Darstellung über die Konzentration der alternativen Obligation durch die Wahl hatte zunächst nur den regelmäßigen Verlauf dieser Beschränkung im Auge; es können aber Umstände vorhanden sein, welche den normalen Gang in irgend welcher Weise störend beeinflussen. Von diesen Umständen kommen hier in Betracht: Irrtum bei Vornahme der Wahl, Unkenntnis des Wahlrechts selbst bei Abgabe der Erklärung, und endlich der Verzug des wahlberechtigten Schuldners oder Gläubigers.[1])

§ 13.

d) Der Irrtum bei Vornahme der Wahl und die Unkenntnis des Wahlrechts.

Die irrtümlich abgegebene Wahlerklärung ist von der in Unkenntnis des Wahlrechts erfolgten Erklärung wohl zu unterscheiden.

Weiß der Gläubiger oder Schuldner, daß er wahlberechtigt ist, weiß er auch, wieviele Leistungen ihm für seine Wahl zur Verfügung stehen, und gibt er nun eine Wahlerklärung ab, so kann er sie wegen Irrtums nur anfechten, wenn die Voraussetzungen des § 119 B.G.B. erfüllt sind. Er ist also zunächst dann anfechtungsberechtigt, wenn — das erforderliche Moment der Wesentlichkeit des Irrtums als vorhanden angenommen — er sich im Irrtum über den Inhalt seiner Wahlerklärung, d. h. im Irrtum über die richtige Bedeutung der gesprochenen oder geschriebenen

[1]) Vom Verzuge des wahlberechtigten Dritten war schon oben S. 51 ff. gesprochen worden.

Worte befand; er ist ferner dann anfechtungsberechtigt, wenn er eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, d. h. wenn er sich zwar vorgenommen hatte, dem Gegner die und die bestimmte Leistung als die zu bewirkende zu bezeichnen, wenn er aber bei der wirklichen Abgabe der Erklärung sich versprach, verschrieb oder bei der Realwahl sich vergriff. Wie aber auch immer der Irrtum in allen diesen Fällen beschaffen sein mag — stets weiß der Irrende, daß er wahlberechtigt ist, stets kennt er auch die sämtlichen zur Auswahl gestellten Leistungen, stets gibt er eine, wenn auch irrtümliche, so doch wirkliche Wahlerklärung ab.

Ganz anders liegt dagegen der Fall, wenn der tatsächlich Wahlberechtigte sein Wahlrecht nicht kennt; sei es, daß er es überhaupt nicht kennt, indem er meint, es werde nur eine bestimmte Leistung geschuldet, während ihm doch zwei oder mehr Leistungen für die Wahl zur Verfügung stehen, oder es seien zwei Leistungen kumulativ zu bewirken, während doch nur die eine oder die andere zu erbringen ist; sei es, daß er zwar von seinem Wahlrecht an und für sich, aber nicht von dessen ganzem Umfang Kenntnis hat, indem er glaubt, er könne z. B. nur unter zwei Leistungen wählen, obgleich ihm doch eine größere Anzahl zur Auswahl gestellt sind. Gibt nun der Wahlberechtigte bei völliger Unkenntnis seines Wahlrechts eine „Erklärung" ab, die hier, wie einleuchtet, nur durch tatsächliche Bewirkung bzw. Annahme der angeblich allein geschuldeten Leistung oder kumulativ geschuldeten Leistungen erfolgen kann, so liegt überhaupt keine Wahlerklärung vor; denn wie kann jemand wählen, der gar nicht weiß, daß er wählen darf. Gibt andererseits der Wahlberechtigte, ohne den vollen Umfang seines Wahlrechts zu kennen, eine Erklärung ab, so ist zwar eine Wahlerklärung vorhanden, aber sie ist rechtlich irrelevant; denn sie hebt nur eine aus denjenigen Leistungen heraus, deren Vorhandensein der Wahlberechtigte kannte, sie berührt aber die übrigen Leistungen, von denen der Wählende nichts wußte, nicht. Eine solche Wahlerklärung könnte nur die Zahl der geschuldeten Leistungen verringern, ohne die Obligation auf eine einzige zu konzentrieren. In keinem Falle ist also das Wahlrecht konsumiert, der Wahlberechtigte kann vielmehr nach Hebung der gänzlichen oder teilweise vorhandenen Unkenntnis

seines Wahlrechtes die Wahl nachholen.[1]) Der Schuldner also, der in völliger Unkenntnis seines Wahlrechts eine bestimmte Leistung, in der Meinung, er schulde nur diese, bewirkt hatte, kann sie dem Gläubiger belassen; dann liegt in der Tatsache dieses ungestörten Ueberlassens die nachträgliche, wirkliche Wahlerklärung; der Schuldner kann aber die angeblich allein geschuldete und erbrachte Leistung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. B.G.B.) auch zurückfordern und dem Gläubiger eine andere Leistung als die zu bewirkende bezeichnen, durch diese Erklärung erst das Schuldverhältnis konzentrierend. Dementsprechend kann der wahlberechtigte Gläubiger die empfangene Leistung, die er nach seiner Meinung allein zu fordern hatte, entweder behalten, oder sie zurückgeben und eine andere verlangen, auf diese oder jene Weise nunmehr die Obligation beschränkend. Sind zwei Leistungen kumulativ bewirkt worden, so ist die wirkliche Wahl vollzogen, wenn gemäß § 812 ff. B.G.B. der wahlberechtigte Schuldner die eine Leistung zurückfordert, der wahlberechtigte Gläubiger die eine Leistung zurückgibt oder erklärt, daß er sie zurückgeben werde. War andererseits bei nur teilweise vorhandener Unkenntnis des Wahlrechts eine ausdrückliche Erklärung abgegeben worden, so ist diese ohne rechtliche Wirkung; war in gleichem Falle schon eine Realwahl erfolgt, so kann der wahlberechtigte Schuldner wiederum die bewirkte Leistung entweder dem Gläubiger belassen und hiermit die nachträgliche Wahl dokumentieren, oder sie gemäß §§ 812 ff. B.G.B. zurückfordern und eine andere wählen; hat hier der Gläubiger das Wahlrecht, so kann er in entsprechender Weise die empfangene Leistung behalten, oder sie dem Schuldner zurückgeben und eine andere zur Erfüllung bezeichnen.

Eine Anfechtung der in völliger Unkenntnis des Wahlrechts oder in Unkenntnis seines vollen Bereichs abgegebenen Erklärung

---

[1]) Dies auch die Ansicht von Schollmeyer, Anm. 1 Abs. 1 zu § 263 B.G.B., desgl. von Planck, Anm. 2 zu § 263 B.G.B. und Leuchtenberger S. 28 ff. Vgl. auch die „Motive" II S. 7 a. E. Die entgegengesetzte Anschauung von Pescatore (Wahlschuldverhältnisse S. 186 ff.), daß trotz Unkenntnis des Wahlrechts eine gültige Willenserklärung vorliege, ist unhaltbar; sie beruht auf der bei Pescatore überall hervortretenden Unterschätzung der Wahl und findet im Gesetz keine Stütze.

wegen Irrtums ist, worauf auch Marcus[1]) mit Recht hinweist, ausgeschlossen, da keine der beiden Voraussetzungen des § 119 Abs. 1 B.G.B. (1. Irrtum über den Inhalt der Erklärung, 2. Irrtum über die „Erklärungshandlung"[2]) selbst) erfüllt ist. Zunächst nämlich (ad 1) wollte derjenige, der in völliger Unkenntnis seines Wahlrechts eine Erklärung abgab, ihr keine andere Bedeutung beilegen, als sie tatsächlich hat: tatsächlich ist sie keine Wahlerklärung, und eine solche hatte der Erklärende, der ja sein Wahlrecht gar nicht kannte, auch gar nicht im Auge gehabt und haben können. Ebensowenig wollte derjenige, der in Unkenntnis des vollen Umfangs seines Wahlrechts eine Erklärung abgab, ihr einen anderen Sinn beimessen, als sie wirklich hat: sie ist eine Wahlerklärung, die aber nicht unter Berücksichtigung sämtlicher, sondern nur eines Teils der geschuldeten Leistungen erfolgt ist, und der Wahlberechtigte hatte sie auch nur in Beziehung auf diesen engeren Kreis der Leistungen, da er die übrigen ja gar nicht kannte, abgeben wollen und können.

Ebensowenig kann hier der andere Anfechtungsgrund (s. o. zu 2), daß der Erklärende eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, geltend gemacht werden; denn ein Irrtum in der Form, in welcher die Erklärung nach außen in die Erscheinung tritt, liegt nicht vor.[3])

§ 14.

e) Der Verzug des Wahlberechtigten.

1. Der Verzug des wahlberechtigten Schuldners.

Die gemeinrechtliche Kontroverse, welchen Einfluß der Verzug des Wahlberechtigten, zunächst des wahlberechtigten Schuldners, auf sein Wahlrecht ausübe, entscheidet das Bürgerliche Gesetzbuch in folgender Weise:

> § 264 Abs. 1: „Nimmt der wahlberechtigte Schuldner die Wahl nicht vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung

---

[1]) Marcus S. 21 ff. im Gegensatz zu den dort zitierten Schriftstellern. — Auch Litten S. 147 verkennt den Unterschied zwischen Unkenntnis des Wahlrechts und Irrtum, anscheinend auch Wagner S. 30 und Müller S. 49 ff.

[2]) Endemann I S. 304.

[3]) Vgl. Marcus a. a. O.

vor, so kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder die andere Leistung richten; der Schuldner kann sich jedoch, solange nicht der Gläubiger die gewählte Leistung ganz oder zum Teil empfangen hat, durch eine der übrigen Leistungen von seiner Verbindlichkeit befreien."

Die Sachlage stellt sich also folgendermaßen dar:

Der wahlberechtigte Schuldner verliert sein Wahlrecht noch nicht dadurch, daß er den kalendermäßig festgesetzten Erfüllungstermin, ohne eine Realwahl vorgenommen zu haben, verstreichen läßt und so in Verzug gerät (§ 284 Abs. 2 B.G.B.). Ebensowenig wird dem wahlberechtigten Schuldner sein Wahlrecht dadurch entzogen, daß der Gläubiger ihn nach eingetretener Fälligkeit mahnt, Klage auf die Leistung gegen ihn erhebt oder ihm im Mahnverfahren einen Zahlungsbefehl zustellen läßt, und ihn auf diese Weise in Verzug setzt (§ 284 Abs. 1 B.G.B.); Mahnung, Klageantrag, sowie das diesem stattgebende Urteil, und Zahlungsbefehl müssen alternativ gefaßt sein. Erst durch den Beginn der Zwangsvollstreckung wird das Wahlrecht des Schuldners in eigentümlicher Weise beeinflußt. Der mit einem vollstreckbaren Titel versehene Gläubiger kann nämlich „nach seiner Wahl" dem säumigen Schuldner gegenüber die Zwangsvollstreckung auf die eine oder die andere Leistung richten, der Schuldner aber kann sich, solange nicht der Gläubiger die „gewählte" Leistung ganz oder zum Teil empfangen hat, durch Bewirknng einer der übrigen Leistungen von seiner Verbindlichkeit befreien.

Es ist nun ein Streit entstanden, ob auf Grund dieser Bestimmung des § 264 Abs. 1 B.G.B. der Schuldner im Augenblick des Beginns der Zwangsvollstreckung sein Wahlrecht zu Gunsten des Gläubigers verliert, indem letzterer, die Zwangsvollstreckung auf eine bestimmte Leistung richtend, in diesem Moment das Wahlrecht erhalten und gleichzeitig auch schon ausüben würde.

Während die Minderzahl nach dem Vorgang Stammlers,[1])

---

[1]) Stammler S. 137ff. Ihm folgen Dernburg, Schuldverhältnisse, Allgemeine Lehren S. 99 mit Anm. 12 daselbst; Matthiaß I S. 305; Litten S. 173ff.; Chamizer S. 72ff. u. a.

der dem Schuldner nur eine alternative Ermächtigung beläßt, einen Uebergang des Wahlrechts annimmt, hat sich die herrschende Meinung[1]) in Theorie und Praxis gegen einen solchen Uebergang entschieden.

Die Streitfrage kann man nur dann richtig beantworten, wenn man sich klar vorstellt, was die „Wahl" ihrem Begriffe nach bei der Wahlschuld bedeutet. „Wahl" oder „Wählen" ist (s. o. Einleitung S. 7) die Willenserklärung, durch welche aus mehreren geschuldeten Leistungen eine als die zu bewirkende ausgesondert wird. Durch die Wahlerklärung wird also das Schuldverhältnis *sofort und unwiderruflich* auf die bezeichnete Leistung konzentriert, und die Schuld kann nur durch Bewirkung eben dieser Leistung getilgt werden. Nun heißt es aber in § 264 Abs. 1 B.G.B.: „Der Gläubiger kann nach seiner Wahl die Zwangsvollstreckung auf die eine oder die andere Leistung richten; der Schuldner kann sich jedoch, solange nicht der Gläubiger die gewählte Leistung ganz oder zum Teil empfangen hat, durch eine der übrigen Leistungen von seiner Verbindlichkeit befreien." Diese Bestimmung spricht zwar von einer „Wahl" des Gläubigers und demgemäß auch von einer von ihm „gewählten" Leistung; die „Wahl" aber, von der hier die Rede ist, ist keine Wahl in dem Sinne, wie sie bei der Wahlschuld zur Konzentration erforderlich ist. Denn wäre sie eine solche Wahl und hätte sie der Gläubiger in Ausübung eines echten Wahlrechts vorgenommen, so müßte das Schuldverhältnis auf die Leistung, auf welche der Gläubiger die Zwangsvollstreckung gerichtet hat, unwiderruflich beschränkt und eine Tilgung der Obligation nur dann möglich sein, wenn *diese* Leistung tatsächlich ins Vermögen des Gläubigers kommt. Ist dies aber der Fall? Keineswegs! Der säumige Schuldner kann sich ja gemäß § 264 Abs. 1 zweiter Halbsatz, selbst wenn der

---

[1]) Vertreten von Planck, Anm. 2 zu § 264 B.G.B.; Endemann I S. 510 mit Anm. 8; Crome II S. 93 mit Anm. 31; Cosack I S. 292 lit. d, 1; Eccius in Gruchots Beiträgen Bd. 42 S. 204; Engelmann S. 177; Canetta S. 49; Schenke S. 40; Dechamps S. 40; Wagner S. 34; Albers S. 97 ff.; Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 221 ff.; Rieß in Gruchots Beiträgen Bd. 48 S. 495 f. u. a. Auch das Reichsgericht verneint den Uebergang des Wahlrechts, vgl. Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 53 S. 82; Juristische Wochenschrift 1903 1. Beilage S. 77 Nr. 176.

Gläubiger schon die Zwangsvollstreckung in die Leistung a begonnen und damit seine angebliche „Wahl“ dokumentiert hat, ohne weiteres durch Bewirkung der Leistung b, gleichzeitig das Schuldverhältnis auf diese Leistung konzentrierend, von seiner Verbindlichkeit befreien. Die ausschlaggebende Partei ist also nicht der Gläubiger, sondern, was Stammler und seine Anhänger verkennen, der Schuldner, und die Bestimmung des Leistungsobjektes hängt nicht vom Willen des Gläubigers, sondern von dem des Schuldners ab, der ja jede getroffene sogen. „Wahl“ des Gläubigers sofort zu nichte machen kann. Wie kann man da von einem „Wahlrecht“ des Gläubigers reden, der trotz begonnener Zwangsvollstreckung, in deren Beginn jene Wahlerklärung enthalten sein soll, vom Belieben seines renitenten Schuldners völlig abhängig ist! Das wirkliche Wahlrecht hat vielmehr nach wie vor der Schuldner, aber in der Rechts**ausübung** ist er in zweierlei Hinsicht beschränkt: er kann nämlich einerseits nur noch eine Realwahl vornehmen, und diese kann er andererseits überhaupt nur noch ausüben, solange nicht der Gläubiger die Leistung, auf die er die Zwangsvollstreckung gerichtet hat, ganz oder zum Teil empfangen hat.[1])

Nun muß aber noch eins beantwortet werden. Es fragt sich nämlich: wenn jenes sogen. „Wahlrecht“ des Gläubigers kein Wahlrecht ist, was stellt es überhaupt dann dar? Diese Frage ist dahin zu beantworten: Die Rechtsordnung hat dem Gläubiger ein Mittel in die Hand gegeben, durch das er indirekt einen starken Druck auf den säumigen Schuldner ausüben kann, die Wahl endlich vorzunehmen, ein Mittel, das in glücklichster Weise, unter möglichster Schonung des schuldnerischen Wahlrechts, dem Gläubiger den Weg zu seiner Befriedigung erheblich erleichtert.

So rückhaltlos man die in § 264 Abs. 1 B.G.B. gegebene Regelung, wofern man eben diese Bestimmung richtig auslegt, anerkennen muß, so sehr ist es zu bedauern, daß dieser Paragraph so wenig glücklich gefaßt ist. Wie irreführend infolgedessen die Worte „nach seiner Wahl“ und „die gewählte Leistung“ sind, hat

[1]) So wohl auch die herrschende Ansicht. — Die Fragen, wann die Zwangsvollstreckung „beginnt“ und wann der Gläubiger die Leistung „empfängt“, beantwortet das Prozeßrecht, vgl. z. B. §§ 808 Abs. 1, 883 Zivilprozeßordnung; §§ 815, 819 ebendort. Hier darauf näher einzugehen, würde zu weit führen.

die obige Darlegung gezeigt. Die Worte „nach seiner Wahl“ hätten ohne Not überhaupt weggelassen werden können; denn wenn jemand die Zwangsvollstreckung „auf die eine oder auf die andere Leistung“ — eine Ausdrucksweise, die schon wegen des Hinweises auf eine Zweiheit von Leistungen von vornherein verwerflich erscheint — richten darf, so erübrigt sich die besondere Hervorhebung, daß ihm eine „Wahl“ zwischen diesen Leistungen offen steht. Würde der § 264 Abs. 1 B.G.B. nur bis zu dem Semikolon in der Mitte reichen und der Schlußsatz fehlen, so wäre der Ausdruck „nach seiner Wahl“ terminologisch richtig gebraucht; denn dann ginge, ganz entsprechend der gemeinrechtlichen Theorie, das Wahlrecht des Schuldners im Moment des Beginns der Zwangsvollstreckung auf den Gläubiger über, dergestalt, daß er, die Zwangsvollstreckung auf die eine oder die andere Leistung richtend, das Wahlrecht gleichzeitig erhält und ausübt. Ebenso hätte man den falschen Ausdruck „die gewählte Leistung“ vermeiden müssen und etwas umständlicher, aber richtiger etwa „die Leistung, auf welche die Zwangsvollstreckung gerichtet ist,“ sagen können.

Die Motive heben bei Besprechung des § 210 Abs. 1 des ersten Entwurfs, der mit § 264 Abs. 1 B.G.B. fast wörtlich und gerade auch in Bezug auf jene falschen Ausdrücke übereinstimmt, ausdrücklich hervor, daß durch die Einleitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens das Wahlrecht des Schuldners noch nicht ausgeschlossen werde. Dieser etwas ängstlich klingende Hinweis hätte vielleicht der Kommission für die zweite Lesung einen Fingerzeig geben können, die Fassung jenes Paragraphen richtig zu stellen.

Was die Beweislast anlangt, so muß der Schuldner, der gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung den Einwand erhebt, daß er vor deren Beginn schon gewählt habe, diesen Einwand beweisen.[1])

2. Der Verzug des wahlberechtigten Gläubigers.

Für den im gemeinen Recht (s. o. S. 34) ebenfalls recht bestrittenen Fall, daß der wahlberechtigte Gläubiger in Verzug gerät, trifft das Bürgerliche Gesetzbuch folgende Bestimmung:

[1]) Vgl. Planck, Anm. 2 Abs. 2 zu § 264 B.G.B.; Schollmeyer Anm. 1 a. E. zu § 264 B.G.B.

§ 264 Abs. 2. „Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzuge, so kann der Schuldner ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern. Mit dem Ablaufe der Frist geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn nicht der Gläubiger rechtzeitig die Wahl vornimmt."

Bei einer Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers kann der Schuldner nicht eher leisten, als bis der Gläubiger die betreffende Leistung bezeichnet hat. Zur Bewirkung der Leistung ist hier also eine Handlung des Gläubigers, nämlich seine Wahlerklärung, erforderlich. Infolgedessen genügt gemäß § 295 B.G.B., um den Gläubiger in Verzug zu setzen, nicht nur schon das Verbalangebot des Schuldners, sondern sogar schon seine bloße Aufforderung an den Gläubiger, die erforderliche Wahlhandlung vorzunehmen.[1]) Dem Gläubiger wird aber durch seinen Verzug sein Wahlrecht noch nicht entzogen; andererseits zwingt ihn auch das Gesetz nicht, eine Wahlerklärung abzugeben. Vielmehr kann der Schuldner dem in Verzug geratenen Gläubiger nur eine angemessene Frist zur Vornahme der Wahl bestimmen, mit der Wirkung, daß das Wahlrecht, wenn der Gläubiger nicht innerhalb der Frist gewählt hat, mit deren Ablauf auf den Schuldner übergeht.

Nach dem keinen Zweifel lassenden Wortlaute des § 264 Abs. 2 B.G.B. darf der Schuldner dem Gläubiger eine Frist zur Vornahme der Wahl erst dann setzen, wenn der Gläubiger im Verzuge ist. Daher kann der Schuldner jene Aufforderung zur Vornahme der Wahl, durch die er den Gläubiger erst in Verzug setzt, nicht mit dieser Fristbestimmung verbinden.[2])

---

[1]) S. auch § 296 B.G.B.

[2]) So auch Planck, Anm. 3 lit. b zu § 264 B.G.B.; Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 234; Albers S. 108 u. a. Die entgegengesetzte Ansicht (vertreten von Cosack I S. 292 lit. d; Schollmeyer, Anm. 2 zu § 264 B.G.B.; Litten S. 187 f. u. a.) verstößt gegen die klare Fassung des Gesetzes.

II. Konzentration auf eine Leistung durch Unmöglichkeit der anderen.

§ 15.

a) Von Anfang an vorhandene Unmöglichkeit.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche ist, wie schon mehrfach hervorgehoben, die Möglichkeit der Wahl kein wesentliches Moment für die Wahlschuld, dergestalt, daß der Wegfall der Wahl oder auch nur ihre Einschränkung das ganze Schuldverhältnis vernichten würde. Vielmehr hat das Bürgerliche Gesetzbuch das Konzentrationsprinzip angenommen und bestimmt zunächst für den Fall der von Anfang, d. h. von Begründung des Schuldverhältnisses an vorhandenen Unmöglichkeit einer der Leistungen folgendes:

> § 265 Satz 1: „Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich . . ., so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen."

Durch diese Vorschrift wird für den Fall, daß bei einer Wahlschuld die eine der geschuldeten Leistungen von vornherein unmöglich ist und so gemäß § 306 B.G.B. („Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig") der Vertrag zum Teil nichtig sein würde, der Grundsatz des § 139 B.G.B., wonach bei Nichtigkeit eines Teils eines Rechtsgeschäfts das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, ausgeschlossen. Gemäß § 265 Satz 1 B.G.B. tritt nur eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die von der Unmöglichkeit nicht ergriffenen Leistungen bzw. ergriffene Leistung ein. Von einer Konzentration im strengen Sinne des Worts kann man aber hier nicht reden;[1]) denn ist — zwei Leistungen angenommen — die eine von ihnen von Anfang an unmöglich, so ist sie auch nie im Schuldnexus gewesen und die sog. Wahlschuld war von vornherein eine obligatio simplex. Wenn aber § 265 Satz 1 B.G.B. gleichwohl von einer Beschränkung spricht, so kann dies nur den Sinn haben, daß trotz der von Anfang an vorhandenen Unmöglichkeit

---

[1]) Vgl. Schollmeyer, Anm. I, 2 zu § 265 B.G.B.; Leuchtenberger S. 36; Litten S. 216.

der einen Leistung gleichwohl eine Obligation hinsichtlich der anderen Leistung wirklich entstanden ist.[1])

Diejenige Partei, welche bei dem Vertragsschlusse die Unmöglichkeit einer der Leistungen kannte oder kennen mußte, ist gemäß § 307 B.G.B. verpflichtet, dem anderen Teil das negative Interesse zu ersetzen, d. h. sie muß dem anderen Teil gegenüber für den Schaden aufkommen, den dieser dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut. Diese Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn auch der andere Teil die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte.[2])

§ 16.
b) Später eintretende Unmöglichkeit.

Die Unmöglichkeit kann nach Begründung des Schuldverhältnisses dadurch eintreten, daß die eine der beiden geschuldeten Leistungen entweder durch einen von keiner Partei zu vertretenden Umstand (Zufall) oder durch Verschulden des Schuldners bzw. Gläubigers untergeht.

1. Spätere zufällige Unmöglichkeit.

In § 265 Satz 1 B.G.B. heißt es: „wird sie (nämlich eine der Leistungen) später unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen."

Tritt die spätere Unmöglichkeit einer von zwei geschuldeten Leistungen durch einen zufälligen, von keiner Partei zu vertretenden Umstand ein, so beschränkt sich das Schuldverhältnis schlechthin auf die andere, noch mögliche Leistung; hierbei macht es keinen Unterschied, ob der Gläubiger oder der Schuldner wahlberechtigt ist. Der Schuldner muß die noch vorhandene Leistung bewirken, ohne, falls er das Wahlrecht haben sollte, befugt zu sein, statt ihrer dem Gläubiger den Wert des zufällig untergegangenen Objekts zu leisten. Die oblatio aestimationis des gemeinen Rechts ist vom Bürgerlichen Gesetzbuch beseitigt.

Geht auch die noch mögliche Leistung, auf die sich das Schuldverhältnis beschränkt hatte, durch Zufall unter, so ist der

[1]) Vgl. Schollmeyer a. a. O.

[2]) Ausführlich bei Litten S. 217 ff.

Schuldner frei; verschuldet er ihren Untergang, so wird er dem Gläubiger für sie ersatzpflichtig.

2. Spätere verschuldete Unmöglichkeit.

α) Spätere verschuldete Unmöglichkeit bei Wahlrecht des Schuldners.

§ 265 Satz 2 B.G.B. bestimmt:

„Die Beschränkung (auf die übrigen Leistungen) tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat."

Es sind hierbei folgende besondere Fälle zu unterscheiden:

1. Wird durch einen vom wahlberechtigten Schuldner zu vertretenden Umstand die eine der beiden Leistungen unmöglich, so beschränkt sich gemäß § 265 B.G.B. das Schuldverhältnis auf die andere. Ein Recht der oblatio aestimationis des untergegangenen Objekts ist dem Schuldner auch hier nicht gegeben.

2. Geht durch einen vom nicht wahlberechtigten Gläubiger zu vertretenden Umstand die eine Leistung unter, so tritt gemäß § 265 Satz 2 B.G.B. eine Konzentration nicht ein. Sie erfolgt vielmehr erst dann, wenn der wahlberechtigte Schuldner die Wahl vornimmt. Dieser kann die unmöglich gewordene Leistung wählen und ist in diesem Falle von seiner Verbindlichkeit befreit, da nach § 263 Abs. 2 B.G.B. die gewählte Leistung „als die von Anfang an allein geschuldete" gilt und der Schuldner durch ein nicht von ihm zu vertretendes Unmöglichwerden der Leistung frei wird (vergl. § 275 Abs. 1 B.G.B.). Der Schuldner kann sich aber auch für die noch mögliche Leistung entscheiden und diese an den Gläubiger bewirken, von ihm aber für die vorsätzlich bezw. fahrlässig und widerrechtlich zerstörte Leistung gemäß § 823 B.G.B. Schadensersatz verlangen.[1])

3. Wenn beide Leistungen gleichzeitig durch einen vom wahlberechtigten Schuldner zu vertretenden Umstand unmöglich werden, so treten an ihre Stelle ihre Werte, unter denen sodann

---

[1]) Vgl. Planck, Anm. 3, a, γ zu § 265 B.G.B.; Leuchtenberger S. 45 f.; Litten S. 205 f.; Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 243 f.

der Schuldner wählen und so das Schuldverhältnis konzentrieren kann.[1]) Zerstört der wahlberechtigte Schuldner zuerst den einen und später den anderen Leistungsinhalt, so muß er für den letzteren, da dieser nach der gemäß § 265 B.G.B. erfolgten Konzentration nur noch allein geschuldet war, den Gläubiger entschädigen[2]) (vergl. § 280 Abs. 1 B.G.B.).

4. Gehen durch die Schuld des nicht wahlberechtigten Gläubigers gleichzeitig beide Leistungen unter, so vertauschen sich die Parteirollen, und der wahlberechtigte Schuldner — jetzige Gläubiger — kann nach seiner Wahl vom Gegner Schadensersatz für die eine oder die andere unmöglich gewordene Leistung fordern.[3]) Die gleiche Ersatzpflicht hinsichtlich des einen oder des anderen Objekts trifft den Gegner auch dann, wenn dieser zuerst das eine, darauf das andere zerstört, da nach Vernichtung des ersten Leistungsinhaltes eine Beschränkung auf den übrig gebliebenen gemäß § 265 Satz 2 B.G.B. nicht eingetreten war.[4])

Zu anderen Ergebnissen führen die angegebenen Fälle, wenn der Gläubiger das Wahlrecht hat.

β) Spätere verschuldete Unmöglichkeit bei Wahlrecht des Gläubigers.

Unter Berücksichtigung des am Beginn des vorigen Abschnittes zitierten § 265 B.G.B. ergibt sich folgendes:

1. Geht durch einen vom wahlberechtigten Gläubiger zu vertretenden Umstand die eine Leistung unter, so tritt dadurch gemäß

---

[1]) Nicht ganz übereinstimmend mit Litten S. 212 unter 3a und Anm. 7 daselbst.

[2]) So auch Litten a. a. O. unter 3b.

[3]) Im praktischen Ergebnis übereinstimmend mit Litten S. 213 unter II, 1a.

[4]) Diese Ergebnisse, insbesondere bei der Vernichtung beider Objekte, sind allerdings, worin Pescatore (Wahlschuldverhältnisse S. 249 f.) beizutreten ist, eine Folge der konsequenten Durchführung des Konzentrationsprinzips. Da dieses vom Bürgerlichen Gesetzbuche angenommen ist, erscheint der Spott von Pescatore a. a. O. über solche Ergebnisse wenig berechtigt. Etwaige Härten werden schon dadurch gemildert, daß § 265 B.G.B. zum mindesten nicht zwingendes Recht ist. Siehe hierüber die Ausführungen bei Litten Seite 203 ff.

§ 265 B.G.B. die Beschränkung auf die andere ein, unbeschadet freilich der Pflicht des Gläubigers, den Schuldner für das vernichtete Objekt gemäß § 823 B.G.B. zu entschädigen. Keinesfalls kann sich der Gläubiger, da die Konzentration einmal eingetreten, die vernichtete Leistung als empfangen anrechnen, in welchem Falle der Schuldner frei werden würde.[1])

2. Wird durch einen vom nicht wahlberechtigten Schuldner zu vertretenden Umstand die eine Leistung unmöglich, so erfolgt gemäß § 265 Satz 2 B.G.B. eine Beschränkung nicht. Der wahlberechtigte Gläubiger kann sich also entweder für die noch vorhandene Leistung entscheiden, oder nach § 280 B.G.B. vom Schuldner das Interesse an der von letzterem vernichteten Leistung, die nach der Wahl gemäß § 263 Abs. 2 als die von Anfang an allein geschuldete gilt, fordern.[2])

3. Gehen durch einen vom wahlberechtigten Gläubiger zu vertretenden Umstand gleichzeitig beide Leistungen unter, so kann der Gläubiger wählen, für welche Leistung er den Schuldner entschädigen will.[3]) In diesem Falle liegt also wiederum eine Wahlschuld mit vertauschten Parteirollen vor. Zerstört der wahlberechtigte Gläubiger zuerst den einen und darauf den anderen Leistungsinhalt, so ist die Sachlage folgendermaßen: Durch das Unmöglichwerden der ersten Leistung ist die Konzentration auf die andere eingetreten. Diese noch mögliche Leistung kann also der Gläubiger gegen Ersatz der vernichteten fordern.[4]) Geht nun aber durch seine Schuld auch die noch mögliche, gemäß der erfolgten Konzentration nur allein noch geschuldete Leistung unter, so ist der Schuldner nach § 275 B.G.B. von seiner Verbindlichkeit befreit und behält seinen Ersatzanspruch hinsichtlich des ersten vom Gläubiger vernichteten Objekts.

4. Wenn durch einen vom nicht wahlberechtigten Schuldner zu vertretenden Umstand beide Leistungen gleichzeitig unmöglich

---

[1]) Vgl. Leuchtenberger S. 43 f.

[2]) Vgl. Planck, Anm. 3, b, β zu § 265 B.G.B.; Litten S. 206 unter 1; Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 244.

[3]) Im praktischen Ergebnis übereinstimmend mit Litten S. 212 unter 2a.

[4]) Vgl. Litten S. 212 unter 2b.

werden, so kann der Gläubiger zwischen ihren Werten wählen.[1]) Hat er die Wahl erklärt, so ist das Schuldverhältnis auf den betreffenden Wert beschränkt. Zerstört der nicht wahlberechtigte Schuldner zuerst den einen und darauf den anderen Leistungsinhalt, so hat der Gläubiger ebenfalls die Wahl zwischen beiden Werten, da durch die vom nicht wahlberechtigten Schuldner herbeigeführte Unmöglichkeit der ersten Leistung eine Konzentration auf die andere gemäß § 265 Satz 2 B.G.B. nicht bewirkt ist, und somit noch beide Leistungen bezw. ihre Werte im Schuldnexus sind.[2])

Die Beweislast endlich regelt sich nach § 282 B.G.B.[3])

---

[1]) Noch weiter geht Litten S. 213 unter 2a.

[2]) Die Kasuistik ist damit noch nicht erschöpft. Weitere Fälle s. bei Litten S. 205ff.

[3]) Vgl. dazu Planck, Anm. 5 zu § 265 B.G.B.

§ 17.

D. Schluß.

Wirkung der Konzentration.

Es war im letzten Abschnitt schon wiederholt von der rückwirkenden Kraft der Wahl die Rede. Dies führt uns zu der Frage nach der Wirkung der Konzentration, der noch einige Worte gewidmet sein mögen.

Damit bei der Wahlschuld — von einem kasuellen Untergange sämtlicher Leistungen natürlich abgesehen — die Schuldverbindlichkeit überhaupt zum Erlöschen gebracht werden kann, muß die Alternativobligation zu einer obligatio simplex werden. Der Hauptweg zu diesem Ziele ist, wie gezeigt, die Wahl. Nun bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch in § 263 Abs. 2: „Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete." Die Wahl hat also rückwirkende Kraft, zwar nicht insofern, als die abgegebene Wahlerklärung erst den Inhalt des Schuldverhältnisses bestimmt, — denn von vornherein sind sämtliche Leistungen in obligatione —, sondern nur insofern, als die durch die Wahl herbeigeführte Entscheidung der Ungewißheit bis auf den Zeitpunkt der Begründung des Schuldverhältnisses zurückbezogen wird, eine Rückziehung, die, wie gezeigt, bei der Unmöglichkeit der gewählten Leistung eine Rolle spielt. Im Moment der Wahl scheiden also die nicht gewählten Leistungen nicht nur aus der Obligation aus, sondern werden auch von diesem Zeitpunkt an so angesehen, als ob sie nie im Schuldnexus gewesen wären.[1])

[1]) So auch Dechamps S. 49. Eine scharfe Kritik des § 263 Abs. 2 siehe bei Pescatore, Wahlschuldverhältnisse S. 210 ff.

Die Frage, ob auch im Falle der Konzentration durch Unmöglichkeit einer der Leistungen (§ 265 B.G.B.) eine solche Rückziehung anzunehmen sei, wird man mit Schollmeyer[1]) verneinen müssen. Ausschlaggebend ist für diese Entscheidung m. E., wie auch Schollmeyer mit Recht hervorhebt, die Tatsache, daß für den Fall der Wahl die Rückziehung in § 263 Abs. 2 ausdrücklich ausgesprochen ist, während zu § 265 B.G.B. eine entsprechende Bestimmung fehlt. Ohne das Vorhandensein einer solchen Vorschrift hier eine Rückziehung annehmen zu wollen, erscheint jedoch ungerechtfertigt und bedenklich.

[1]) Schollmeyer, Anm. I, 3 zu § 265 B.G.B.

Anhang.

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Albers, Die Wahlhandlung bei der Wahlschuld und der Verzug bei derselben nach dem bürgerlichen Rechte des Deutschen Reiches. Heiligenstadt 1905.

Baron, Pandekten. 2. Auflage. Leipzig 1876.

Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften. Abteilung I. Der alternative Wille und die alternative Obligation. Berlin 1878.

Bernstein, Die alternative Obligation im römischen und im modernen Recht, in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, herausgegeben von Bernhöft und Cohn. 2. Band. Stuttgart 1880.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Band. 1. Abteilung. 2. Auflage. Erlangen 1879.

Canetta, Zur Lehre von den sogenannten alternativen Obligationen nach gemeinem Rechte und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Cöln am Rhein 1898.

Chamizer, Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld nach dem deutschen bürgerlichen Recht. Leipzig 1902.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1. Band. Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen. 2. Auflage. Jena 1899.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Band. Recht der Schuldverhältnisse. Tübingen und Leipzig 1902.

Cuiacii Opera omnia. Tomus quintus. Tomus octavus. Neapoli 1758.

Dechamps, Die obligatorischen Wahlverhältnisse nach dem Recht des B.G.B. Bonn 1901.

Demelius, Die Ausübung des Wahlrechts in obligatorischen Verhältnissen, in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß, herausgegeben von Linde und Schulte. 17. Band. Gießen 1860.

Demolombe, Cours de Code Napoléon. XXVI. Traité des contrats ou des obligations conventionelles en général. Tome troisième. Paris 1870.

Dernburg, Pandekten. 2. Band. Obligationenrecht. 3. Band. Familien- und Erbrecht. Berlin 1889.

Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. 2. Band. Halle a. S. 1878.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 2. Band. Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. 1. Abteilung. Allgemeine Lehren. 1. und 2. Auflage. Halle a. S. 1899.

Donelli Opera omnia. Tomus undecimus. Lucae 1767.

Eccius, Literaturbesprechung in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, herausgegeben von Rassow, Küntzel und Eccius. 42. Band, S. 204. Berlin 1898.

Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Band. Einleitung. Allgemeiner Teil. Recht der Schuldverhältnisse. 5. Auflage. Berlin 1899.

Engelmann, Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands. Berlin 1899.

Fischer, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Berlin und Leipzig 1887.

Fischer und **Henle**, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches, herausgegeben in Verbindung mit Ebert und Schneider. 3. Auflage. München 1899.

Fitting, Die Natur der Correalobligationen. Erlangen 1859.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 1. Band. Die Grundbegriffe und die Grundlehren des Rechts der Schuldverhältnisse. 6. Auflage. Berlin 1892.

Hölder, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Band. Recht der Schuldverhältnisse (Schollmeyer). München 1899.

Ihering, Unsere Aufgabe, in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von Gerber und Ihering. 1. Band. Jena 1857.

Ihering, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Genuskontrakt. Jahrbücher wie vorstehend. 4. Band. Jena 1861.

Kiesel, Die Ausübung des Wahlrechts bei alternativen Obligationen. Göttingen 1897.

Leo, Die Wahl bei der Alternativobligation nach römischem und gemeinem Rechte und nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. 1897.

Leonhard, Die Wahl bei der Wahlschuld, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, in Iherings Jahrbüchern, 41. Band (2. Folge 5. Band). Jena 1900.

Leuchtenberger, Unter welchen Voraussetzungen tritt bei Wahlschulden eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf eine Leistung ein? Rostock 1902.

Litten, Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Rechte. Berlin 1903.

Marcus, Die Wahlschuld des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Breslau 1899.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Band. Berlin 1899.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. 3. Abteilung. Die Lehre von der Mora, nebst Beiträgen zur Lehre von der Kulpa. Braunschweig 1855.

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Teil. Halle a. S. 1836.

Müller, Wahlschuld und alternative Ermächtigung des Schuldners nach gemeinem Rechte und bürgerlichem Gesetzbuche. Rostock 1902.

Nanne, Die Disjunktivobligation. 1880.

Oertmann, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche, herausgegeben von Biermann, Frommhold u. a. Das Recht der Schuldverhältnisse. 1. Teil. Allgemeine Lehren. Berlin 1899.

Pescatore, Die sogenannte alternative Obligation. Marburg 1880.

Pescatore, Die Wahlschuldverhältnisse. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgegeben von Fischer. 13. Band. 1. Heft. München 1905.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz erläutert. 2. Buch. Recht der Schuldverhältnisse. 2. Auflage. Berlin 1898.

Puchta, Pandekten. 10. Auflage, besorgt von Rudorff. Leipzig 1866.

Regelsberger, Ueber die Tragung der Gefahr beim Genuskauf, im Archiv für die zivilistische Praxis, herausgegeben von Francke, Linde u. a. 49. Band. 2. Heft. Heidelberg 1866.

Regelsberger, Alternativobligationen und alternative Ermächtigung des Gläubigers, in Iherings Jahrbüchern, 16. Band (Neue Folge 4. Band). Jena 1878.

Rieß, Die Zwangsvollstreckung einer Alternativobligation bei Wahlrecht des Schuldners, in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. 48. Band. Berlin 1904.

Roh, Das sogenannte ius variandi des Schuldners beziehungsweise Gläubigers bei alternativen Vertragsobligationen. Greifswald 1894.

Ryck, Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem deutschen Recht. II. Berlin 1887.

Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. 1. Band. Berlin 1851.

Schenke, Die Alternativobligation nach römischem, gemeinem und neuem bürgerlichen Recht. Greifswald 1900.

Seuffert, Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts in dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1. Heft der Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, herausgegeben von Bekker und Fischer. Berlin 1889.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 2. Band. Das Obligationenrecht. 3. Auflage. Leipzig 1868.

Stammler, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches in Einzeldarstellungen. V. Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 2. Band. Recht der Schuldverhältnisse (Mayring). München 1900.

Szkolny und **Caro**, Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz erläutert. Berlin 1899.

Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 6. Band. Das österreichische Erbrecht. Leipzig 1864.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 3. Band. 7. Auflage. Marburg und Leipzig 1869.

Wächter, Pandekten. II. Besonderer Teil. Leipzig 1881.

Wagner, Die Alternativobligation mit Wahlrecht des Schuldners und die Obligation mit facultas alternativa des Schuldners nach gemeinem und bürgerlichem Recht. Greifswald 1903.

Westrum, Bemerkungen bezüglich des Rechts der Schuldverhältnisse, in den Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben im Auftrage des deutschen Anwaltvereins von den Rechtsanwälten Adams u. a. Berlin 1890.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Band. 8. Auflage, bearbeitet von Kipp. Frankfurt a. M. 1900. Vergleichsweise ist auch der zweite Band der 1865, sowie der dritten 1870 erschienenen Auflage herangezogen. — 3. Band. 6. Auflage. Frankfurt a. M. 1887.

Zimmern, Ueber das Erlöschen alternativer Forderungsrechte, im Archiv für die zivilistische Praxis, herausgegeben von Gensler, Mittermaier, Schweitzer. 1. Band. 3. Heft. Heidelberg 1829.

Benutzt wurden ferner:

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Band 24.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Band 12, 27, 30, 53.

Seuffert's Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Band 31 (Neue Folge Band 1).

Juristische Wochenschrift. 32. Jahrgang. Berlin 1903.

Herangezogen wurden endlich **die Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich**:

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 2. Buch. Recht der Schuldverhältnisse. I. Allgemeiner Teil mit Begründung. **Vorlage des Redaktors** (v. Kübel). Berlin 1882. — 5. Buch. Erbrecht. **Vorlage des Redaktors** (v. Schmitt) mit Begründung. Berlin 1879.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. **Erste Lesung**. Berlin 1887.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. **Zweite Lesung. Teilentwürfe**. Berlin 1892.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. **Zweite Lesung. Schlußentwurf (Bundesratsvorlage).**

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. **Reichstagsvorlage.** Berlin 1896.

Protokolle der Kommission für die **erste** Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches. Band 1 und 10 der metallographierten Ausgabe.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 2. Band. Recht der Schuldverhältnisse. 5. Band. Erbrecht. Berlin und Leipzig 1888.

Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Band. Aeußerungen zum Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1890. — 6. Band. Nachträge. Berlin 1891.

Protokolle der Kommission für die **zweite** Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches, bearbeitet von Achilles, Gebhard und Spahn. 1. Band. Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse. Abschnitt I und II Titel I. Berlin 1897. — 5. Band. Erbrecht. Berlin 1899.

Denkschrift zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1896.

Die Literatur ist in der Abhandlung nach Namen der Verfasser, Band und Seitenzahl zitiert, die Kommentare nach Zahl der Gesetzesparagraphen und Nummer der Anmerkung. Schriften desselben Verfassers sind zur Unterscheidung mit Angabe des Titels aufgeführt.